

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI
SUR LA NOTION DE BONNES MŒURS
DANS LES OBLIGATIONS
EN DROIT CIVIL ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 1^{er} Juin 1935, à 14 heures

PAR

Zeno OPREA

<i>Président :</i>	M. HENRY LÉVY-ULLMANN	} <i>Professeurs</i>
<i>Suffragants :</i>	MM. NIBOYET	
	ESMEIN	

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1935

ESSAI
SUR LA NOTION DE BONNES MŒURS
DANS LES OBLIGATIONS
EN DROIT CIVIL ALLEMAND

ESSAI
SUR LA NOTION DE BONNES MŒURS
DANS LES OBLIGATIONS
EN DROIT CIVIL ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 1^{er} Juin 1935, à 14 heures

PAR

Zeno OPREA

<i>Président :</i>	M. HENRY LÉVY-ULLMANN	} <i>Professeurs</i>
<i>Suffragants :</i>	MM. NIBOYET	
	ESMEIN	

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1935

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*



A MA MÈRE

A NAŞU ET NAŞICA



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ABRÉVIATIONS

Arch. f. bürg. R. = Archiv für bürgerliches Recht.

Arch. f. ziv. Prax. = Archiv für die Zivilistische Praxis.

B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch.

D. J. Z. = Deutsche Juristen-Zeitung.

Gruch. = Gruchots Beiträge.

J. W. = Juristische Wochenschrift.

Motive, ou bien M. = Motive der ersten Kommission.

O. L. G. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Premier Projet, ou bien Pl = Premier Projet dans l'étude de la Première Commission.

Protokolle, ou bien Protok. = Protokolle der zweiten Kommission.

R. G. = Reichsgericht.

R. G. E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

R. G. St. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen.

Warn. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

Z. P. O. = Zivilprozessordnung.

AVANT-PROPOS

En entreprenant une étude sur la notion de bonnes mœurs en droit civil allemand, il importe avant tout de faire une mise au point, destinée, en premier lieu, d'éviter une confusion, et destinée ensuite, d'expliquer la genèse et le sens du présent travail.

Notre sujet rappelle celui d'un ouvrage célèbre dans la littérature juridique française moderne ; nous avons nommé le livre de M. Georges Ripert sur « La règle morale dans les obligations civiles ». Si nous en avons emprunté l'idée maîtresse, à savoir l'irréductibilité de la règle morale, même dans la partie la plus technique du droit et, si nous avons essayé de la retrouver à notre tour, dans un domaine déterminé des obligations civiles du droit allemand, — notre travail ne saurait avoir ni la même ampleur, ni la même étendue. Notre but c'est, d'étudier l'une seulement, des applications de la règle morale dans le droit des obligations civiles, le respect des bonnes mœurs et c'est pour cela que nous avons cru indispensable, au seuil même de notre travail, de faire cette précision.

Quel est l'intérêt et la particularité d'une étude sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations du Code civil allemand ? C'est à la lecture des développements si savants et si intéressants, que notre Maître, M. le Pro-

fesseur Lévy-Ullmann, a consacrés dans un Cours de Doctorat, aux contrats et aux obligations en droit civil comparé, qu'il nous est apparu ce qu'une pareille étude pourrait avoir de passionnant ; en lisant ces développements on est pénétré du caractère objectif, qu'à beaucoup d'égards et surtout en matière d'obligations, la législation civile allemande revêt, et dès lors le premier problème qu'on est amené à se poser, c'est, comment la notion de bonnes mœurs, qui semble présenter nécessairement, essentiellement un caractère subjectif, s'accommode-t-elle d'une législation à tendances fortement objectives ? N'y a-t-il pas là une antithèse irréductible ; ou tout au moins, serait-il très intéressant de voir, si, et dans quelle mesure, une conciliation est-elle possible, si finalement l'une ou l'autre tendance n'a pas été obligée de capituler ? C'est là le but propre de notre travail.

M. Ripert écrit dans son ouvrage : « Ce livre n'a d'autre prétention que de démontrer l'impossibilité où se trouve le juge ou le législateur de donner des règles ou de trancher des difficultés en usant purement et simplement des procédés techniques d'élaboration et de construction du droit : la règle ne peut être donnée et appliquée qu'en considération de l'idéal moral que le législateur se propose de réaliser et auquel le juge doit concourir... (1) »

La règle morale interviendrait dès lors, non seulement dans l'élaboration de la règle de droit, mais encore et surtout, dans l'application de la règle de droit, et à l'auteur de nous donner tout au cours de son ouvrage des exemples tirés de la pratique, pour nous prouver

(1) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 411.

l'universalité de la règle morale dans la matière des obligations civiles. Partout le juge tranche les difficultés, fondé sur une règle morale, voire même entrave quelquefois le libre jeu des conditions techniques du droit, là où celles-ci seraient en désaccord avec l'idéal moral.

Notre but ne saurait être aussi vaste ; nous entendons nous borner à l'étude d'une seule institution qui nous semble une application de la règle morale : le respect des bonnes mœurs. Nous verrons l'organisation technique du principe des bonnes mœurs, dans la matière des obligations en droit civil allemand, — nous essaierons de dégager leur notion, leur domaine, leurs conséquences, — et surtout devons-nous nous demander, si les bonnes mœurs ne constituent pas en dernière analyse un domaine, où, malgré la conception objective qui a présidé à l'élaboration de la législation civile allemande — le juge ne fera, en dernière analyse, besogne de psychologue, pénétrant dans la conscience des parties et reconnaissant aux bonnes mœurs ici encore le caractère subjectif qu'on est habitué à leur voir dans d'autres législations. Le problème nous paraît particulièrement intéressant dans le domaine des obligations civiles, pour les raisons que voici :

On accentue tout particulièrement le caractère objectif de l'obligation en droit allemand (1) — et M. Saleilles (2) voyait dans ce fait, le point de départ d'une nouvelle orientation générale du droit. La matière des

(1) H. LÉVY-ULLMANN, L'obligation et le contrat au cours du premier quart du ^{xx}^e siècle, cours de Doctorat 1927-1928, p. 8-9, 30-64.

(2) R. SALEILLES, Introduction à l'étude du droit civil allemand, p. 39.

obligations, matière technique entre toutes, paraît se prêter le mieux à une codification objective. Et de fait, à la différence de l'obligation française, basée sur le concours des volontés, et constituant un rapport de personne à personne, l'obligation allemande est devenue dans la codification de 1896, un rapport de patrimoine à patrimoine. Elle est objective. Ce caractère objectif, nous semble se présenter par rapport à la question des bonnes mœurs, sous deux aspects : le premier se présente quand il s'agit de dégager la notion de bonnes mœurs, — l'autre joue un rôle considérable, c'est la clef de voûte, quand il s'agit d'en régler les conséquences.

Le premier aspect, c'est le principe de la déclaration de volonté, sujet préféré de la science juridique allemande, idée adoptée par le Code, mais qui nous semble en antithèse avec l'idée des bonnes mœurs. Le principe de la déclaration de volonté, c'est la porte fermée à jamais à toute tentative de vouloir assigner à la notion de bonnes mœurs des caractères subjectifs. Et dès lors, voilà le premier problème : les juges, dans un système de déclaration de volonté, devront-ils se confiner dans la considération des éléments matériels, objectifs, du cas qui se présente devant eux ; n'y a-t-il aucun moyen, qui leur permet de descendre aux impondérables, dans la conscience des plaideurs ? C'est un problème qu'il faudra résoudre dès le début, parce que c'est de sa solution que dépend toute l'orientation des développements suivants. Ceci quant à la question de conception.

Le deuxième aspect du caractère objectif du droit allemand, c'est par l'importance et l'étendue qu'il a reconnues à l'acte abstrait, qu'il se manifeste. En effet, quant aux conséquences des bonnes mœurs sur les actes

juridiques en droit civil allemand, elles nous semblent dominées par la question de l'acte abstrait. Du moment que, — d'une part on introduit dans la codification l'acte abstrait, c'est-à-dire un acte qui vaut par lui-même, détaché et indépendant de sa cause, — que, d'autre part, toute la catégorie des actes translatifs de droits réels ou constitutifs de certaines sûretés réelles, sont considérés comme des actes abstraits, il nous semble impossible de faire jouer pratiquement les conséquences normales de la nullité, de même qu'il nous semble impossible, devant les textes et devant la jurisprudence, de tirer les suites, qui en pure logique devraient résulter de la nullité pour atteinte aux bonnes mœurs. C'est là une contradiction au premier abord, que nous nous efforcerons d'étudier, d'éclaircir et de concilier peut-être...

Ce sont ces deux principes, le principe de la déclaration de volonté en matière de conception, le principe de l'acte abstrait en matière de conséquences, qui, au point de vue législatif, nous semblent dominer la notion de bonnes mœurs et leur donner de ce fait un aspect particulier en droit allemand.

Enfin, en face du mouvement, qui, ces derniers temps, s'est affirmé en France, tendant à rechercher et à trouver dans la matière du droit le plus de caractères moraux, éthiques, — nous nous demanderons quelle est, dans la philosophie du droit allemande, la place attribuée aux bonnes mœurs.

*
* *

Ceci étant dit, voici le plan suivant lequel nous allons poursuivre notre travail :

Après une brève Introduction consacrée à la conception du droit en général, et des bonnes mœurs en particulier, à la veille et au moment de la mise en vigueur du B. G. B., afin de dégager l'esprit qui pourrait avoir influencé les rédacteurs du Code, ainsi que le caractère éminemment matérialiste de cet esprit, — nous envisagerons dans une Première et Deuxième Parties, le côté technique des bonnes mœurs.

Dans une Première Partie, nous nous attaquerons au nœud du problème, à savoir, en quoi le principe de la déclaration de volonté s'oppose-t-il à une appréciation subjective des bonnes mœurs et nous rechercherons les moyens, à l'aide desquels on pourrait adoucir, voire même éluder, les conséquences du principe de la déclaration de volonté. Fort des résultats acquis, nous essaierons de déterminer la notion de bonnes mœurs dans sa conception et dans sa délimitation et d'en étudier le domaine législatif et jurisprudentiel.

Dans une Deuxième Partie, nous établirons les conséquences des actes contraires aux bonnes mœurs, nous constaterons que, si les caractères de la nullité sont sensiblement similaires dans les deux législations, française et allemande, les effets en sont, de par la présence de l'acte abstrait, totalement différents. Nous verrons à ce propos, la doctrine, la jurisprudence et le débat plus que trentenaire, sur la question de savoir si l'acte d'exécution — acte abstrait — doit suivre le sort de la convention causale et se trouver par conséquent nul, au cas d'immoralité de cette dernière. Nous étudierons les moyens mis par le Code à la disposition des parties pour rétablir l'équilibre rompu des patrimoines, c'est-à-dire principalement l'action en répétition, les obstacles à la

répétition et l'action en dommages-intérêts de l'article 826 B. G. B.

Dans une Troisième Partie enfin, nous examinerons le sort de la notion de bonnes mœurs, dans la philosophie du droit allemande des dernières années, c'est-à-dire principalement les doctrines de Stammler et de Cathrein et nous les confronterons avec les résultats auxquels nous sommes arrivé par l'étude des textes et de la jurisprudence.

Notre travail constitue un essai ; nous n'avons nullement l'intention de construire un système ou de présenter une théorie générale des bonnes mœurs en droit civil allemand, d'établir des classifications ou de fournir des définitions. Nous voudrions tout simplement mettre en relief quelques aspects des bonnes mœurs dans le droit des obligations en Allemagne, relever les traits qu'elles ont de commun avec le droit français, en étudier quelques différences, et surtout démontrer que, malgré un point de départ différent, malgré quelques hésitations, voire abandons dans leur procédure, c'est finalement toujours à la règle morale que l'on aboutit.

INTRODUCTION

1. C'est une caractéristique propre à l'espèce humaine, que de posséder le sentiment moral, entendu dans un sens très général. Darwin déjà, il y a près d'un siècle, admettait qu'il y a un abîme, entre l'espèce humaine, même en prenant le plus grossier des sauvages, et entre la plus supérieure des espèces animales. Où réside cette différence, qui au point de vue anatomique et purement matériel, ne semble pas pouvoir se justifier ? C'est précisément dans le sentiment moral de l'homme, dans la conscience qu'il a, d'obéir à des devoirs (1).

Les règles de conduite auxquelles l'homme obéit sont d'ordre divers, suivant leur objet propre, suivant la nature de la sanction. Il obéit à des règles de conduite religieuse qui, élevant l'homme au delà de sa condition terrestre, le rattachent à un idéal supérieur, à Dieu, à l'Etre suprême auquel il doit l'existence, la vie, tout ce qui l'entoure. Il obéit à des règles de la morale laïque, qui ont très souvent des buts analogues à ceux de la religion, mais qui cependant ne se rattachent pas toujours à des dogmes précis. Il obéit aux mœurs, cet ensemble d'habi-

(1) « ... La moralité semble être une caractéristique irréductible de l'espèce, dont les lois de transformation ne peuvent pas rendre compte... » G. RICHARD, *L'évolution des mœurs*, p. 7.

tudes, de manières d'être, d'usages et d'attitudes, qui ont cours dans une société, dans un lieu et à une époque définis. Il obéit enfin au droit.

C'est un problème débattu depuis longtemps, que celui de savoir quels sont les rapports du droit et de la morale, et ce problème est d'autant plus important pour nous, qu'il nous semble que le respect des bonnes mœurs est essentiellement l'expression juridique d'une règle morale. C'est ce que certains auteurs, sur un plan plus général, ont soutenu en France ces derniers temps.

En effet, si l'on parcourt l'histoire des doctrines juridiques en France, l'on ne peut manquer de reconnaître, que, depuis environ les années 1880, un changement profond s'est produit dans la manière d'envisager les choses du droit. C'est au soir de l'Ecole de l'exégèse qu'on assiste à l'avènement de formule nouvelles, insolites, quant à la nature du droit, sa fonction, son domaine. Abstraction faite de la question de la méthode — d'ailleurs en rapport très étroit avec la conception qu'on se fait sur le droit lui-même, parce que affirmer que le droit n'existe qu'autant qu'il est consacré dans un texte (1), c'est autant dire qu'on prend parti sur l'essence même du droit — l'on s'attaque à un ensemble de dogmes, ayant eu cours, tels que la propriété individuelle, la notion de souveraineté, la notion de sujet de droit, la terminologie... on assiste à l'enterrement de l'époque « passive et formelle » et à l'avènement de la méthode « critique et active » (2).

(1) Le mot du professeur Bugnet resté à juste titre célèbre, résume la quintessence de cette École : « Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon ».

(2) F. GÉNY, Science et technique en droit privé positif, t. I, p. 27.

2. Parmi les doctrines qui se sont fait jour depuis, une seule retiendra notre attention, parce qu'elle est à la base de notre travail : c'est celle qui nie l'existence du droit comme science autonome et prêche son absorption par la morale (1).

Nous n'avons nullement l'intention d'en donner un résumé complet cependant, étant sur un plan plus général dans un rapport étroit avec l'aspect que la notion de bonnes mœurs nous semble revêtir, il nous a paru indispensable d'en faire mention. Trois auteurs sont à retenir comme ayant défendu cette thèse : M. Georges Ripert, tout particulièrement dans ses ouvrages « *Droit naturel et positivisme juridique* » (2) et « *La règle morale dans les obligations civiles* » (3) ; ensuite M. G. Renard, professeur à la Faculté de droit de Nancy, dans son ouvrage « *Le droit, la justice et la volonté* » (4) ; enfin M. L. Josserand, Doyen de la Faculté de Droit de Lyon.

Écoutons ces auteurs et pour reproduire leur pensée de la façon la plus exacte possible, qu'il nous soit permis d'user de citations : M. Ripert d'abord... « En écartant résolument tout concept métaphysique de la science juridique, on ne peut que constater ce simple fait : il y a parmi les hommes des forts et des faibles, des gouver-

(1) D'une façon générale les auteurs distinguent le droit de la morale : F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, p. 45 et suiv., t. II, p. 346. — R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 13-14. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit*, p. 24. — J. BONNECASE, *La Notion du droit en France au XIX^e siècle*, p. 17. — *Ibid.*, *Introduction à la science du droit*, p. 5. — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, p. 1, note 1.

(2) *Annales de la Faculté d'Aix*, 1918.

(3) 3^e éd., Paris, 1934.

(4) Paris, Sirey, 1924.

nants et des gouvernés, et les gouvernés n'obéissent que parce qu'ils comprennent le danger et l'inutilité de la désobéissance... Cette première idée admise, donne-t-elle à l'esprit pleine satisfaction ? En aucune façon, car elle n'explique que très insuffisamment l'obéissance volontaire. La crainte de la sanction possible, le sentiment que l'acte illégal n'aura aucune valeur, l'idée que la règle est utile, l'esprit d'imitation, l'habitude et la soumission, notre atavisme d'homme civilisé et par suite discipliné, tout cela explique l'obéissance dans telles ou telles circonstances, à telles ou telles règles, mais cela ne peut expliquer notre sentiment que nous respectons volontairement les règles de droit et que nous accomplissons notre devoir en obéissant... Il faut aller plus loin si on veut prendre une claire conscience des droits et des devoirs des gouvernants et des gouvernés. Il faut sortir du domaine du droit et pénétrer dans le domaine des idées morales ... » (1).

Le droit conçu de telle façon est-il capable de se suffir à lui même, le fondement qu'on lui assigne ainsi, est-il suffisant ? Pour avoir la réponse poursuivons notre citation : « ...Mais quand on affirme ainsi la plénitude de l'ordre juridique positif, il faut se garder de penser que cet ordre soit capable de se suffir à lui-même et que les lois civiles puissent trouver leur fondement dans l'autorité publique et leur fin dans le règne de la paix sociale... Si le droit n'est autre chose que la collection des règles de conduite, il apparaît comme l'œuvre arbitraire des gouvernants ou le produit de l'état social existant. A qui réfléchit sur les rapports du droit et de la morale, se

(1) G. RIPERT, Droit naturel et positivisme juridique.

pose à nouveau et avec plus de force, après la séparation nécessaire, la question de savoir si le droit peut coupé de sa racine, vivre par la seule force de sa technique, ou au contraire, s'il ne peut se développer que par une montée continue de la sève morale... » (1).

La réponse positive à cette question nous est donnée dans les lignes suivantes : « ... Le monde moderne dans son organisation juridique est-il arrivé à créer un droit qui se suffise à lui-même, ou bien reste-t-il dominé par la grande loi morale qui depuis des siècles de christianisme régit les âmes des peuples européens ? Voilà l'objet propre de ces recherches. Leur seul caractère original c'est, que, faites par un juriste elles tendent à retrouver la valeur de la loi morale, dans les règles les plus techniques du droit... » (2).

Dans le même sens s'exprime M. G. Renard : « Je ne sais pas du tout, écrit-il, pourquoi la plupart des juristes imaginent entre le Droit positif et la Justice ou morale sociale une ligne intermédiaire, à laquelle ils réservent le nom de Droit naturel... » (3).

Enfin, ne faut-il pas oublier dans cet exposé, les idées de M. Josserand, qui dans ses beaux ouvrages « De l'esprit des lois et de leur relativité » et surtout « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé » (Paris 1928), trouve des arguments si convaincants pour la prise en considération des mobiles et pour l'attachement du droit à la morale. « Le droit restera, écrit-il, dominé par la morale, dont il constitue la représentation sensible et coercitive... » ; et en parlant du rôle du juge, il continue en les

(1) *Ibid.*, p.

(2) La règle morale dans les obligations civiles, p. 2.

3) G. RENARD, Le droit, la justice et la volonté, p. 96.

termes suivants : « plus que par le passé il sonde les intentions et les mobiles des plaideurs ; plus que jamais, il tient compte des circonstances de la cause, de la personnalité des parties, de la moralité du litige... » (*op. cit.*, p. 39).

Ainsi donc, pour ces auteurs et contrairement à la théorie classique française, il n'existe entre la règle morale et la règle de droit aucune différence de domaine. La différence est uniquement de caractère, en ce sens qu'une règle morale devient une règle juridique en revêtant l'ossature d'une technique spéciale.

3. Nous n'avons pas jugé nécessaire de nous étendre longuement sur toutes les doctrines juridiques françaises modernes. Il n'en saurait être de même des doctrines juridiques allemandes. Il nous faut insister davantage sur ces dernières, parce que, si nous sommes parti d'un point de vue déterminé en ce qui concerne la partie française de cet ouvrage, nous ne saurions faire de même en ce qui concerne la partie allemande ; nous avons cru devoir commencer par l'exposé du droit naturel et jeter un coup d'œil sur les doctrines du XIX^e siècle, parce que l'aboutissement à présent est également un droit naturel, entendu de façon différente, il est vrai par Cathrein et Stammler. Pour parvenir à bien situer la question des bonnes mœurs dans le droit civil allemand vis-à-vis d'une doctrine juridique, il importe de les connaître toutes dans leurs traits essentiels. Ceci dit, l'exposé de ces doctrines juridiques allemandes nous semble commander le plan que voici : nous allons le traiter en deux parties, l'une consistant dans une revue très rapide des principales tendances qui se sont fait jour depuis l'avènement de l'Ecole

du droit naturel jusqu'à la fin du xix^e siècle, — et une seconde partie — plus détaillée partant plus poussée — concernant les auteurs modernes, qui nous semblent présenter des points d'attache avec notre sujet.

En considérant les doctrines juridiques allemandes depuis la fin du xviii^e siècle à la fin du xix^e siècle, on peut les encadrer dans trois grandes catégories : l'Ecole du droit naturel, l'Ecole historique, la conception matérialiste (1). Consacrons une analyse succincte à chacune de ces trois tendances.

Le xvii^e siècle fut pour toute la pensée allemande une époque de stérilité ; le droit, on le distingue à peine de la politique et de la morale. C'est au xviii^e siècle, avec la victoire du droit naturel dans les esprits et dans la législation (le Code prussien de cette époque est fort imbu de droit naturel), que l'on peut parler d'une doctrine juridique. Ce sont les Leibniz, les Schmid, les Hufeland et surtout Kant avec sa conception foncièrement éthique du droit, qui marquent le point culminant du droit naturel. Kant a fourni l'effort le plus grand, pour donner au droit un fondement rationnel. Il nous est présenté par lui, comme étant inséparablement lié à la morale ; nous ne pouvons avoir de droits si nous n'avons pas d'obligations. Mais si, dans l'esprit de Kant, le droit et la morale sont solidaires, il ne se distinguent pas moins par la contrainte extérieure et aussi, parce que le premier se préoccupe moins de l'intention que de l'acte. Ce furent ensuite Schelling, Krause, Herbart, Schopenhauer, qui travaillèrent sur ce droit naturel, universel, immuable, ayant pour toutes les questions de droit positif une solution idéale,

(1) R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, p. 14-18.

à tous égards satisfaisante, solution que la seule raison humaine devait et pouvait trouver, — en créant en quelque sorte un dédoublement de législation : l'une positive, l'autre idéale.

C'est contre cette école de Kant, ou pour mieux dire contre l'exagération de ses disciples, que se dresse, en guise de réaction l'Ecole historique (1). Les origines de ce mouvement, avec l'ouvrage retentissant de Savigny, sont trop connus pour qu'il soit nécessaire de les rappeler encore. Bornons-nous à en évoquer les idées fondamentales : le droit est un fait historique et social, le droit donc qui nous régit dans le présent, doit être considéré comme un résultat du passé. Il n'est pas comme dans le système précédent, une notion abstraite que la raison seule doit élaborer, mais l'expression de la conscience d'un peuple — et donc national — se développant d'une manière organique comme un produit de la nature, tout comme la langue, tout comme la religion. Cette conscience juridique du peuple qui se manifeste d'abord dans la coutume, se perfectionne grâce à l'interprétation des jurisconsultes et grâce enfin au pouvoir législatif de l'Etat. D'où trois phases dans l'évolution du droit, celle de la coutume, de la jurisprudence et de la législation écrite.

Appartenant par certains côtés à l'Ecole historique, faisant honneur à l'idée d'évolution, par certains autres à l'Ecole sociologique, en tant que celle-ci accorde un rôle prépondérant à l'observation, — se levant ensuite par voie d'induction à de puissantes généralisations, cherchant à découvrir la loi unique qui gouverne les phéno-

(1) H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*. I. La définition du droit, p. 96 et 101.

mènes Ihering a construit dans la seconde moitié du dernier siècle une doctrine juridique à juste titre célèbre. Pour lui, de même que le monde physique est gouverné par la loi de causalité, le monde moral est dominé par la loi du but. Seulement, comment est-elle entendu cette idée de but ? « ...Le droit n'est pas le principe supérieur qui régit le monde ; il n'est pas un but en soi ; il n'est que le moyen de réaliser un but qui est le maintien de la société humaine » (1). Autant dire que la règle juridique — comme d'ailleurs aussi celle de morale et de mœurs — répond à un but purement pratique et est produite par le souci du maintien de l'ordre dans la société. Rangeons comme appartenant avec des variantes à la même direction Puchta, Schaeffle et en Suisse, Bluntschli.

Il reste à rappeler le côté juridique de la doctrine du matérialisme historique. Fondée par Marx et Engels, elle s'est développée à une époque relativement récente et avec des tendances assez diffuses, parallèlement au passage du socialisme révolutionnaire vers le socialisme parlementaire. Dans l'esprit de cette doctrine, le droit est mis au service d'un système social à réaliser ; il est l'enveloppe de la vie économique d'une collectivité, et en dernière analyse, il n'est autre chose que la suite naturelle et inéluctable des phénomènes économiques ; c'est en théorie la dépendance du droit par rapport à l'économique.

Arrivons à la conclusion. Le but que nous avons poursuivi en faisant ce bref exposé des doctrines juridiques, ayant eu crédit chez les voisins d'outre-Rhin, au cours du XIX^e siècle, c'est de pouvoir constater que nul part on n'en rencontre qui confondissent le droit et la morale ou

(1) R. V. IHERING, *Der Zweck im Recht*, p. 170.

assignassent au droit un fondement moral. Même pas chez Kant qui les rapproche cependant, même pas dans l'Ecole du droit naturel, a fortiori pas dans l'Ecole historique ou dans la doctrine de Ihering. Pas l'Ecole historique, parce que celle-ci attribue bien au droit et à la morale la même origine : mais pour déterminer le fondement du droit, elle reste en défaut, malgré l'effort de Savigny d'assigner au droit le même but qu'au Christianisme (1). On serait en peine de tirer cette conclusion des idées maîtresses de Savigny ; c'est plutôt une conviction intime de ce juriconsulte que l'aboutissement logique de son système. Quand le droit est considéré comme étant l'œuvre du temps et du milieu dans une collectivité donnée, l'on ne voit pas bien la place qui dans ce système, serait assignée à l'individu (2). Quant à Ihering enfin, déduire le droit de l'égoïsme par cette méthode qu'il appelait réaliste, c'est enlever à la notion de droit toute valeur morale. Dès lors, on peut affirmer que les doctrines juridiques allemandes durant tout le xix^e siècle, étaient essentiellement matérialistes. Ce qu'il reste à dégager, c'est, si le revirement idéaliste qui se manifeste dans certains esprits juridiques allemands au premier quart du xx^e siècle, a exercé une influence sur notre matière ?

4. Car, tout comme en France à la fin du xix^e siècle (3), en Allemagne, on enregistre la tendance à revenir vers des buts plus idéalistes. Non pas que ce retour vers l'idéalisme se réalisât dans le sens de la confusion du droit et de la morale. Tout au rebours, la majeure partie des

(1) SAVIGNY, *Droit romain*, trad. Guénoux, t. I, p. 51.

(2) J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, p. 82-83.

(3) J. CHARMONT, *op. cit.*, p. 131 et suiv.

civilistes en Allemagne comme en France, distingue soigneusement ces deux disciplines (1). On peut parler d'un retour vers l'idéalisme, en ce sens que, l'on abandonne l'idée d'évolution comme fondement du droit, et que l'on est porté à nouveau à lui assigner des fondements rationnels.

Dans cet ordre d'idées, deux juristes sont particulièrement à retenir : R. Stammler et V. Cathrein. Si le premier ne saurait être rapproché des doctrines de MM. G. Ripert, G. Renard, et L. Josserand, comme n'admettant pas la confusion du droit et de la morale, le second au contraire, est l'auteur d'un système juridique basé fortement sur la morale religieuse.

R. Stammler est l'auteur d'un système juridique étudié très minutieusement et qui, par l'idée maîtresse qu'il défend, se rattache fortement à notre sujet ; le domaine des bonnes mœurs, est pour ainsi dire la « terre promise » où son idée du « droit juste » pourra librement se donner cours et trouver application. Aussi avons-nous considéré qu'on ne saurait manquer de consacrer des développements plus amples au système juridique *théorique* de cet auteur. C'est ce que nous allons faire pour l'instant, en nous réservant le droit de nous occuper de ses applications pratiques d'une manière plus étendue dans le corps de notre travail.

(1) REGELSBERGER, Pandekten, t. I, § 10, I, p. 61. — O. GIERKE, Deutsches Privatrecht, t. I, § 15, II, 3, p. 114-115. — KOHLER J., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 5, I, p. 13-14. — ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, XXX-XXXIV. t. I, § 28, I, p. 59-61. — GAREIS-WENGER, Rechtsenzyklopädie und Methodologie als Einleitung in die Rechtswissenschaft, § 6, I-II, p. 23-25. — R. STAMMLER, Die Lehre von dem richtigen Rechte, zweiter Abschnitt, p. 50-92. — *Ibid.* Lehrbuch der Rechtsphilosophie, § 31, p. 68, § 33, p. 76, § 85, p. 187-188, § 105, p. 233.

Nous allons nous efforcer de notre mieux, de résumer dans les pages qui suivent, le considérable édifice d'abstractions, tel que nous l'avons compris, du savant professeur de Halle (1).

Un mot d'abord, sur le sort que Stammler assigne au droit et à la morale. A son sens, ces deux disciplines doivent demeurer séparées ; il le déclare nettement et « sans embages » (2) et ceci parce que la règle morale tend à la perfection de l'intention, tandis que la règle juridique vise la conduite extérieure. Est-ce à dire, cependant, que la matière des deux disciplines soit différente ? Nullement, le droit et la morale ont la même substance qu'« ils doivent conduire et administrer », étant tous les deux toujours des manifestations de la volonté ; mais, ce par quoi ils diffèrent, c'est leur tâche respective (3). L'activité humaine, en tant que manifestation de la volonté, peut donc être considérée d'un double point de vue, celui du « droit juste » et celui de la morale. Ce sont les deux côtés séparés, mais non opposés, qui doivent collaborer.

Quelle est la place de R. Stammler dans le mouvement de la philosophie du droit ? Il est l'auteur d'un système, que d'aucuns classent en importance à côté de ceux de Savigny, de Ihering, de Kohler (4)... Dans la dernière génération de jurisconsultes allemands, c'est un des plus remarquables, qui ait tenté d'assigner à la règle juridique

(1) En dehors des ouvrages de R. STAMMLER nous nous sommes servi à cet effet, de l'ouvrage de M. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II.

(2) R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, erster Abschnitt, V, p. 51.

(3) *Ibid.*, zweiter Abschnitt, I, p. 56.

(4) F. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 128.

des assises plus profondes que l'arbitraire des volontés humaines. Il conçoit un système formel, de valeur générale et unitaire, destiné à abriter la matière historique, contingente et molle. Au point de vue de la méthode, il est rationaliste à l'exemple de Kant, tendant à systématiser à outrance les données de la vie sociale et morale, en essayant de leur assigner des principes aussi solidement fondés, que ceux qui se trouvent à la base des sciences naturelles (1). Ce fut l'œuvre d'un effort échelonné sur une vingtaine d'années, amorcé et construit au fur et à mesure dans ses divers ouvrages (2), dont nous retenons pour nos besoins « *Die Lehre von dem richtigen Rechte* », Berlin 1902 et « *Theorie der Rechtswissenschaft* » 1911.

Stammler est un partisan du droit naturel, non pas à la façon dont on l'entendait au XVIII^e siècle, d'un droit à contenu toujours identique à lui-même, universel et immuable — mais d'un droit naturel entendu dans le sens d'une méthode formelle de valeur générale, dont le contenu cependant soit variable (3). D'où sa formule de « droit naturel à contenu variable » (*Naturrecht mit wechselndem Inhalte*).

La distinction capitale, qui constitue le point de départ de son raisonnement, c'est celle entre la forme et la matière. Il y a, d'une part, la règle de droit (*das Recht*) — règle de forme — et il y a, d'autre part, la matière qui en forme le contenu, l'activité des hommes en société,

(1) *Ibid.*, p. 138.

(2) Ses ouvrages dans l'ordre chronologique sont les suivants : *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, 1886 ; — *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* 1896 ; — *Die Lehre von dem richtigen Rechte* 1902 ; — *Theorie der Rechtswissenschaft* 1911.

(3) R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, p. 117.

dirigée en vue de la satisfaction de leurs besoins (*die Wirtschaft*) (1). C'est en quelque sorte la *summa divisio*. Ce point posé, il resterait à démontrer dans quelles conditions le contenu d'une volonté manifestée dans l'ordre juridique, peut s'analyser dans le sens d'une valeur générale et selon les indices du « juste » (2). C'est le problème du « droit juste » (*richtiges Recht*). Par quels moyens arrivera-t-on à le dégager ? Dans ce but il faut d'abord résoudre trois questions : qu'est-ce que le droit ? — comment se justifie sa force coercitive ? — à quelle condition le contenu d'une règle juridique est-il fondé ? (3). Ces trois questions ne doivent pas être résolues par une réponse unique. Pour répondre à la première, il faut séparer la notion du droit des notions similaires, de la morale d'abord, de laquelle il se sépare — comme nous le disions plus haut — par le fait qu'il a comme tâche la conduite extérieure, puis des autres normes visant la conduite extérieure de l'homme en société, constituées par les règles conventionnelles, par l'arbitraire, par les mœurs. La notion du droit, serait entendue dans le sens d'un règlement inviolable de la vie sociale de l'homme. Pour répondre à la deuxième question, Stammler fait appel à l'idée de la régularité de la vie sociale, appuyée sur un règlement formel de portée générale (4). Ces points fixés, Stammler passe au contenu intrinsèque de la règle de droit : c'est là le problème proprement dit du « droit juste ». Partant de la distinction rappelée plus haut, entre la forme et la matière, étant entendu que le règlement ju-

(1) R. STAMMLER, *op. cit.*, p. 216-244.

(2) R. STAMMLER, *op. cit.*, erster Abschnitt, p. 22.

(3) R. STAMMLER, *op. cit.*, dritter Abschnitt, p. 111.

(4) F. GÉNY, *op. cit.*, p. 143.

ridique sera essentiellement la forme de la vie sociale — le problème du « droit juste », sera le problème de la découverte d'une méthode formelle de valeur générale. Quelle pensée fondamentale placer à la base de ce « droit juste » ? C'est l'idée de l'idéal social, d'une société, où le but de chacun doit être le but de tous, du moment qu'il est objectivement justifié (1). Cette formule de l'idéal social, constituant l'union des buts individuels, suppose deux principes, l'un pour préserver les intérêts propres de chaque associé — le principe de la considération, — l'autre pour assurer la cohérence des buts — le principe de la coopération (2). Comment conformer ces principes aux variétés infinies et en perpétuel changement de la vie sociale ? Pour ce faciliter, Stammler intercale « le modèle typique du droit juste » (3) ; il faut s'imaginer entre les parties une société particulière (*Sondergemeinschaft* (4), dont les membres ont les uns vis-à-vis des autres, des droits et des devoirs que seul le droit juste permettra de considérer comme justifiés ou non.

Stammler n'a pas entendu construire un système purement théorique ; il a voulu démontrer que son système forme avec la vie réelle un tout organique et que celle-ci peut parfaitement habiter l'édifice idéologique qu'il a créé. Le Livre III de son ouvrage « *Die Lehre von dem richtigen Rechte* », intitulé « *Praxis des richtigen Rechts* », est consacré à démontrer cette concordance dans les domaines les plus notables de la vie juridique, — « juste développement des rapports établis » — « limites de l'au-

(1) R. STAMMLER, *op. cit.*, II, p. 196-201.

(2) R. STAMMLER, *op. cit.*, II, p. 204-208.

(3) R. STAMMLER, *op. cit.*, II, p. 276-280.

(4) R. STAMMLER, *op. cit.*, II, p. 281-284.

tonomie de la volonté ou la liberté de contracter » — « devoirs imposés par le droit juste » — « précision d'un juste contenu d'un acte juridique » — « terminaison fondée de rapports de droits » — (1), têtes de chapitres que nous ne faisons qu'énumérer pour l'instant et dont nous allons parler — en tant que se rapportant à notre sujet — plus bas.

Quelle sera la valeur de cette notion du droit juste dans la pratique juridique ? Elle doit s'imposer entièrement au législateur, chargé de fournir des règles abstraites et d'une portée générale, mais appliquée par l'interprète, elle ne saurait primer le droit positif et ne serait applicable qu'au cas où celui-ci y renvoyait explicitement ou tacitement, ou au cas où il se présentait une question, que celui-ci n'eût aucunement réglée.

Tel nous semble le système de R. Stammler envisagé sous son aspect purement théorique. Trois points essentiels le séparent des idées de M. Ripert : en premier lieu, la distinction du droit et de la morale, en second lieu l'admission d'un élément rationnel comme fondement du droit et enfin la valeur que sa notion du « droit juste » revêt dans la main du juge par rapport à la législation positive. Les applications de son système à notre matière sont si importantes et si intéressantes, que nous n'avons pas cru pouvoir le passer sous silence.

5. Avec V. Cathrein nous abordons un système qui présente les trois caractères suivants : d'abord c'est un système juridique fortement appuyé sur une large philosophie morale, ensuite c'est un système basé entière-

(1) R. STAMMLER, *op. cit.*, III, p. 309-598.

ment sur le droit naturel, et enfin, c'est un système qui puise l'origine dernière du droit dans la volonté de Dieu, et comme tel, on ne saurait le distinguer de la morale. L'œuvre de Cathrein se trouve ramassée dans son ouvrage général « *Moralphilosophie* » (1), ouvrage qui nous présente à la fois sa conception philosophique, sa doctrine juridique et les applications qu'il en tire ; pour marquer cependant le caractère d'indépendance de sa doctrine juridique, il lui consacre spécialement le volume intitulé : « *Recht, Naturrecht und positives Recht* » (2).

Analysons les conceptions de Cathrein. En face de la carence, qu'il accuse à son époque, des idées sur la notion fondamentale du droit, notre auteur se demande quelle pourrait en être la cause et il croit la découvrir dans l'absence d'une forte philosophie du droit (2). D'où son attachement à encadrer sa doctrine juridique, dans un système de philosophie générale. Dans quel sens faut-il entendre cependant cette philosophie du droit ? Non pas certainement, dans le sens qu'elle a eu à partir de Kant et pendant tout le xix^e siècle, au cours duquel elle n'a cessé d'être considérée comme une notion compromise, — mais dans le sens d'un retour vers la tradition du droit naturel. Après avoir rejeté les principaux systèmes juridiques proposés jusqu'alors, en avoir critiqué les méthodes et les buts, il arrive à énoncer sa propre méthode de travail. Celle-ci consiste dans le fait de partir de l'expérience et de l'intuition des faits, mais de dépasser ce stade et de s'élever par le moyen de l'abs-

(1) VI éd. 1924.

(2) 2 éd. 1909.

(3) V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, p. 4, 8.

traction à des notions d'une valeur générale (1). Pour pénétrer dès lors à fond le concept des notions juridiques, il s'agit de les interpréter d'après le langage courant et sans chercher de leur trouver préalablement un caractère juridique (2). C'est à la lumière de cette méthode, en partant de l'expression « justice », qu'il s'attache à dégager la notion du droit, à la base duquel il trouve en dernière analyse, l'idée du mien, du tien et du sien (3), — d'en définir le but, qui consiste « dans l'établissement et le maintien d'un ordre social, tel qu'il convient à des êtres raisonnables et libres, eu égard à leur fin dernière » (4), — d'en définir les qualités, de trouver dans cet ordre d'idées que la contrainte n'en est pas un élément intégrant, — et enfin, d'en rechercher les sources.

Pour Cathrein cette source ne peut être que le droit naturel, c'est-à-dire un ensemble de normes qui s'imposent à l'homme de par la nature même, et non pas à la suite de prescriptions positives, émanant de Dieu, ou des hommes (5). Ainsi entendu, le droit naturel peut être concentré dans les règles suivantes : tu dois donner à chacun le sien — tu ne dois faire tort à personne, — et constitue le sol sur lequel doit être élaboré le droit positif, destiné à être appliqué aux variétés infinies de la vie pratique. Tout comme Stammler, quoique d'une façon beaucoup moins étendue, Cathrein s'attache à tirer les conclusions pratiques de sa doctrine juridique et y consacre la deuxième partie du tome II de sa « *Moralphilosophie* ».

(1) V. Cathrein, *op. cit.*, p. 41-42.

(2) *Ibid.*, p. 43-44.

(3) *Ibid.*, p. 75-77.

(4) *Ibid.*, p. 90.

(5) *Ibid.*, p. 222.

Ainsi envisagée, affirmée et approuvée au surplus constamment par l'Eglise catholique, cette théorie du droit naturel, marque le rapport intime du droit avec la morale. L'ordre juridique appartient à l'ordre moral et Cathrein s'évertue à nous le prouver par deux voies, soit en partant de l'ordre moral, soit en partant de l'ordre juridique (1). En considérant l'ordre moral, il appert que celui-ci comprend toutes les actions de l'homme par rapport à Dieu, à soi-même et à ses semblables, qui suivant sa nature raisonnable lui apparaissent comme étant bonnes et conformes. Or, parmi ces actions figurent également les actions juridiques (2). En considérant l'ordre juridique, on remarque que celui-ci ne comprend pas uniquement des règles ayant force obligatoire et considérées dans leur consistance technique, mais que très souvent en les violant, on choque également un devoir moral (3). L'ordre juridique appartient donc à l'ordre moral et si la simple « légalité extérieure » semble lui suffire, le sentiment et l'intention ne lui sont pas étrangers, exemple : l'article 138 C. civ. allemand (4).

Telle est, dans son ensemble, la doctrine juridique de Cathrein. Comparée à celle de nos auteurs français, elle s'en rapproche par la confusion du droit et de la morale, quoique tout le procédé pour y arriver et la façon de la concevoir soient différents, — elle s'en distingue par l'écart résolu du positivisme, et l'attachement à la doctrine du droit naturel. Comparée à la doctrine de Stammler, elle s'en distingue d'abord, par le fait qu'elle confond

(1) *Ibid.*, p. 309. — *Moralphilosophie*, t. I, p. 576-585.

(2) *Ibid.*, p. 309.

(3) *Ibid.*, p. 310.

(4) *Ibid.*, p. 316.

le droit et la morale, ensuite par le rejet de la méthode qui prétend ramener le droit à une pure forme, exclusive de tout contenu prédéterminé.

Dans ce bref exposé que nous venons de présenter des doctrines juridiques en Allemagne, nous en avons envisagé le côté purement idéologique et général.

Nous entendons revenir sur ces doctrines dans la Troisième Partie de notre travail, de les soumettre à un examen du point de vue des attaches qu'elles présentent avec la notion de bonnes mœurs et de les confronter avec les enseignements que nous aurons tirés de l'étude des textes et de la jurisprudence.

PREMIÈRE PARTIE

**LA NOTION DE BONNES MŒURS
ET SON DOMAINE**

CHAPITRE I

HISTORIQUE

SECTION UNIQUE

L'idée qu'un acte contraire aux bonnes mœurs ne peut pas avoir d'effets juridiques, fait partie du patrimoine de toutes les législations, quoique sa conception et son organisation soient très souvent différentes. Nous allons jeter un très rapide coup d'œil sur le droit romain, sur le droit de l'Allemagne antérieur au B.G.B. et enfin sur les travaux préparatoires de ce dernier.

6. Droit romain (1). — A l'origine du droit romain, alors que ce droit sanctionnait exclusivement les contrats formels, il n'y avait aucun moyen juridique d'atteindre les conventions contraires aux bonnes mœurs et d'en empêcher l'exécution. Le contrat était parfait, dès que le consentement avait été donné dans les formes prévues. « Le contrat existe par lui-même, indépendamment

(1) J. RAYNAL, *Études sur les conventions immorales, thèse Paris 1900.* — J. MACQUERON, *Histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en droit romain, thèse Paris 1924.*

des raisons qui le font conclure ; c'est, a-t-on dit, un corps simple, un corps abstrait » (1). L'erreur, la violence, le dol et par conséquent d'une façon générale, le caractère plus ou moins moral des engagements pris, ne sont pas pris en considération et ce caractère formaliste du droit romain primitif est nettement accusé par les textes. Aux *Institutes* (2) on dit : « ... si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisti quod non debueras promittere, palam est jure civili te obligatum esse, et actio qua intenditur dare te oportere efficax est... » Gaius s'exprime à peu près dans le même sens (3).

Ce n'est que plus tard, que le droit romain offre au débiteur un procédé pour détruire l'effet de l'obligation par lui contractée. Le droit prétorien lui fournit l'exception de dol, le droit civil la *condictio ob turpem causam*. Théoriquement l'obligation subsiste toujours, car il n'est pas possible d'annuler un contrat légalement formé, mais les deux ressources que nous venons de voir permettent d'en paralyser les effets. Si l'exception de dol offrait ainsi un moyen détourné pour annuler le contrat formel entaché d'un vice du consentement, elle devait par une analogie naturelle servir à annuler le contrat entaché d'immoralité, et en effet nous savons que l'exception de dol servait à repousser également l'action de celui qui demandait l'exécution d'un contrat contraire aux bonnes mœurs (4).

Ce que nous venons de dire, s'appliquait au contrats

(1) P. F. GIRARD, Manuel de droit romain, p. 441.

(2) L. IV, Tit. XIII, § 1.

(3) IV, § 116.

(4) D. L. XII, Tit. V. De cond. ob. turp. vel inj. caus. 1, 8.

formels ; les contrats consensuels ont toujours eu leur existence subordonnée à l'absence de tout vice du consentement, ainsi qu'à l'absence de tout élément immoral. A l'époque classique, tous les contrats quels qu'ils soient, sont atteints dans leurs effets et leur existence, s'ils présentent un caractère immoral.

Mais qu'est-ce en droit romain, qu'un contrat immoral ? Nous savons qu'en droit français, c'est le caractère immoral de la cause ou de la condition qui rend l'acte contraire aux bonnes mœurs. Y a-t-il quelque chose de semblable en droit romain ? Il semble que les Romains n'aient pas distingué l'obligation nulle faute de cause licite et l'obligation nulle comme subordonnée à une condition illicite ; à Rome, on ne fait aucune distinction suivant que l'immoralité porte sur tel ou tel élément du contrat, le contrat est nul, quel que soit l'élément qui en soit entaché (1). C'est ce qui semble du moins ressortir des textes : « ...Omnia quae contra bonos mores, vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sunt... » (2) ; « ...generaliter novimus turpes obligationes nullius esse momenti... » (3), qui prouvent l'indifférence que le droit romain attachait quant à la détermination de l'élément immoral (4).

7. Le Droit des pays allemands. — Quelle est la situation en Allemagne à la veille de la mise en vigueur du

(1) J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 151.

(2) C. L. VIII, Tit. XXXIX. De inut. stip. 4.

(3) D. L. XLV. Tit. I, De verb. oblig. 26.

(4) C. Ph. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht*, p. 13-50. Nombre des contrats immoraux du droit romain rentraient dans la catégorie des contrats innommés.

B. G. B. ? Il faut nous rappeler l'état de la législation à cette époque : il y avait comme monuments juridiques d'une part, ce qu'outre-Rhin on appelle les Pandectes, c'est-à-dire un droit à base romaine, fortement imprégné de droit canon et jouant sur l'ensemble du territoire allemand un rôle de législation subsidiaire, vis-à-vis des droits particularistes des différents états allemands, et à propos duquel Heilfron (1) nous dit : « C'est l'événement par lequel le droit romain sous la forme du *Corpus juris civilis*, le droit canon sous la forme du *Corpus juris canonici* et le droit féodal lombard sous la forme des *Libri Feudorum*, furent reçus en Allemagne comme source de droit commun. » Il y avait d'autre part, des droits particularistes. C'est donc de ces deux points de vue qu'il nous faut tenir compte.

a) Les Pandectes. Le droit romain avait légué aux Pandectes sa règle technique pour l'annulation des conventions immorales : la cause illicite et il semble bien, à entendre certains auteurs, que dans ce droit des Pandectes elle avait le même but que celui qu'on lui attribue généralement dans la doctrine française, à savoir, celui de mettre des limites précises aux investigations du juge. Nombre d'auteurs (2) soutiennent « ...qu'il n'y a à considérer que l'objet de la convention et qu'au cas où celui-ci était admissible, toute contestation pour atteinte aux bonnes mœurs serait écartée... » (3). Si le droit romain cependant, donne les moyens d'annulation pour

(1) HEILFRON, *Geschichte des gemeinen Privatrechts und Zivilprozesses*, t. I, p. 338.

(2) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. II, § 817, p. 288. — Ph. LOTMAR, *op. cit.*, p. 77, 78.

(3) RAVIT, *Arch. f. ziv. Prax.*, 58, p. 66.

atteinte aux bonnes mœurs, il ne les définit pas et c'est le tour des Pandectes de présenter cette même lacune. Des auteurs se sont ingéniés de nous donner, sinon des définitions, du moins des classifications et nous nous attacherons — tout en rappelant celle de Windscheid (1) — à celle établie par Lotmar (2).

Il y aurait selon cet auteur atteinte aux bonnes mœurs :
I. Au cas où le contenu d'une convention consisterait dans une action, une tolérance ou une abstention immorales. On pourrait ranger dans cette catégorie la convention portant sur une indication mensongère de la paternité (3), la fraude au droits de douane (4), la convention portant séparation de fait entre époux (5), celle portant sur la fidélité conjugale (6), et enfin la lésion ;
II. Au cas où il s'agirait d'une convention, non pas contraire aux bonnes mœurs, mais à la Morale. Feraient partie de cette catégorie la promesse d'adoption (7), la clause de viduité (8), le pacte sur succession future (9), la convention de non-concurrence absolue (10) ;
III. Enfin, il y aurait atteinte aux bonnes mœurs, si en conformité avec la Morale, on ne peut pas mettre dans un rapport de causalité, une action avec une contre-prestation en argent. On vise ici la récompense pour l'obtention d'un

(1) B. WINDSCHEID, *op. cit.*, t. II, § 314, p. 286-287.

(2) Ph. LOTMAR, *op. cit.*, p. 68 et suiv.

(3) SEUFF. Arch., I, 195. — XX, 114.

(4) *Ibid.*, I, 196, XLIX, 83.

(5) *Ibid.*, XVIII, 126.

(6) *Ibid.*, XLIV, 106.

(7) *Ibid.*, XV, 134.

(8) *Ibid.*, XLIX, 4.

(9) *Ibid.*, XIII, 151.

(10) *Ibid.*, XXXV, 106.

témoignage exact (1), la promesse d'une somme d'argent faite à une personne avec laquelle on entretient des relations sexuelles et pour le temps où ces relations auront cessé (2), la promesse d'une somme d'argent faite par un époux à l'autre pour obtenir son consentement au divorce (3), enfin le courtage matrimonial. Sans nous prononcer d'un point de vue critique sur la valeur de cette classification, retenons-en deux enseignements : on exclut d'une façon péremptoire dans l'appréciation des atteintes aux bonnes mœurs la recherche des motifs (4) ; l'immoralité des parties est indifférente, l'appréciation de la convention est objective. Elle ne saurait devenir subjective, que lorsqu'un contrat immoral a été exécuté, qu'on en ait prononcé la nullité et qu'une des parties veuille répéter ; dans ce cas, la répétition est exclue si la partie qui a fourni la prestation ou à plus forte raison, toutes les deux, s'étaient mises en contradiction avec les bonnes mœurs. En d'autres termes, et transportant le problème dans l'état de l'égislation existante, dans le premier cas, celui de l'article 138 B.G.B. on ne permettrait qu'une appréciation objective, tandis que l'appréciation serait subjective au cas de l'article 817 B.G.B. Nous verrons à son temps ce qu'il en est (5).

(1) *Ibid.*, XLII, 290.

(2) *Ibid.*, VIII, 25.

(3) *Ibid.*, XLII, 198.

(4) Sauf de très rares exceptions cf. SEUFF, Arch. XLIX, 83.

(5) LOTMAR, *op. cit.*, p. 79-80, affirme que l'art. 138 B.G.B. ne correspond nullement à la conception romaine des bonnes mœurs, qui est beaucoup plus large et qu'une recherche des motifs n'y serait nullement exclue.

b) Le droit particulariste allemand (1). — On éprouve quelque difficulté à suivre la réglementation d'une institution dans le droit particulariste allemand. Ce droit se compose à vrai dire, d'un ensemble de règles excessivement touffues et disparates, différant de pays à pays, de contrée à contrée, de ville à ville souvent, et composé de coutumes, de lois, de codifications élaborées soit par des municipalités, telles que Nuremberg, Francfort, Hambourg, Fribourg, soit — à partir du xvi^e siècle — par des états, dans le but le plus souvent de mettre plus de concordance entre les droits locaux et le droit romain, — tels les états de Brandenburg, de Württemberg, Pfalz, Nassau et pour arriver au principaux, de Bavière (1756) (2), de Prusse (1794), de Bade (1809) (3), de Saxe (1865) (4). Certaines matières, par ailleurs, dans ces codes, étaient entièrement d'inspiration romaine — telles les obligations ; on exige dans l'ensemble (5) le respect des bonnes mœurs et c'est en ce sens que s'exprime par exemple le droit des états prussiens en disant que «... personne ne peut être obligé ou autorisé à accomplir des actes contraires aux lois, pas plus que des actes portant atteinte à l'honorabilité. » (6).

8. Les travaux préparatoires du BGB. — A l'avènement du B.G.B., la protection des bonnes mœurs était une idée

(1) O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 62 et suiv.

(2) I. KAP, I, § 16.

(3) Art. 6.

(4) Art. 90 et 793.

(5) P. ROTH, *Bayrisches Zivilrecht*.

(6) T. I, 4, § 6.

bien enracinée dans l'esprit juridique allemand. Les auteurs du B.G.B. ont considéré au point de vue de l'organisation générale, de formuler d'abord la protection des bonnes mœurs dans un texte de principe, c'est l'article 138, 1 B.G.B. d'en consacrer quelques applications, art. 138, 2, art. 656, d'en préciser techniquement quelques effets, art. 817, 819 et 826 B.G.B. A part quelques questions — tels le jeu et le pari, controversés quant à leur caractère — c'est là le siège de notre matière : d'une part la notion et le domaine des bonnes mœurs, d'autre part les effets des bonnes mœurs.

L'article 138, B.G.B. qui fait le pendant de l'article 6, C. civ. français, a fait l'objet de débats très importants et aux deux Commissions et au *Reichstag*. Le projet, sorti des délibérations de la Seconde Commission, variait sensiblement du projet élaboré par la Première. Un premier point d'abord : ni la Première, ni la Seconde Commission, ne se sont arrêtées sur la cause illicite ; c'est une notion qui a été bannie définitivement des textes concernant les bonnes mœurs.

La Première Commission présentait dans son article 106 une théorie nettement définie, relativement au caractère immoral d'un acte juridique ; elle répondait à deux questions : dans quels éléments le juge peut-il rechercher le caractère illicite d'un acte ; d'après quel critérium devra-t-il reconnaître qu'un élément de l'acte présente ce caractère.

A la première question, l'article 106 P1 répondait en déclarant que ce caractère ne pouvait être recherché que dans le contenu de l'acte, restant ainsi en parfait accord avec le principe de la déclaration de volonté ; à la seconde, il répondait en donnant au juge deux bases

d'appréciation : l'atteinte aux bonnes mœurs et — visiblement inspiré sur ce point par le Code civil français (1) — l'atteinte à l'ordre public.

La Seconde Commission, pour des raisons que nous n'avons pas à apprécier pour le moment, ni à en tirer des conclusions ou des arguments dans un sens ou dans l'autre, amenda le texte de l'article 106 P1 sur les deux points que nous venons de voir ; elle en élimina d'abord l'expression de « contenu », en la remplaçant par l'expression autrement élastique « d'acte juridique » (2) ; elle élimina ensuite — entièrement approuvée sur ce point par les représentants des divers gouvernements, mais très combattue au parlement (3) — cette notion au caractère objectif et abstrait, d'ordre public, pour ne laisser subsister que la notion considérée autrement pratique et même autrement précise (4), non pas de moralité comme on l'avait proposé (5), mais de bonnes mœurs. C'est ainsi que l'on arrive à la rédaction définitive, qui ne parle que de nullité d'actes contraires aux bonnes mœurs.

Si nous avons insisté dans ces quelques lignes, sur l'historique de la législation civile en matière de bonnes mœurs, c'est dans un double but : premièrement pour mettre en relief la rupture, que sur ce point le B.G.B. a consommé d'avec la théorie de la cause illicite connue et pratiquée en Allemagne depuis la Réception et d'avec,

(1) Motive, p. 211.

(2) PLANCK, *op. cit.*, t. I, p. 189.

(3) Bericht über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, p. 28. — Beratungen des Reichtags, p. 79.

(4) Ph. LOTMAR, *op. cit.*, en sens contraire p. 79-80.

(5) Protokolle, II, p. 126.

la notion d'ordre publique ; en second lieu, nous tenions à insister sur l'angle objectif duquel en doctrine on considérerait l'appréciation des bonnes mœurs au seuil du B.G.B.

CHAPITRE II

LA NOTION DE BONNES MŒURS

SECTION I. — POSITION DU PROBLÈME PAR RAPPORT AU PRINCIPE DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ

9. La règle dominante en matière d'actes privés, en droit moderne, c'est celle de l'autonomie de la volonté. Celle-ci au point de vue philosophique, part de l'idée que tous les droits subjectifs de l'individu sont antérieurs à la loi, dérivent de la liberté initiale de cet individu et par suite d'une libre création volontaire de sa part. La loi ne fait que les consacrer, elle ne les crée pas. Sur le terrain juridique, cette règle revient à proclamer la liberté de contracter ou de ne pas contracter et ceci sur tous les objets licites. Dégagé surtout par le travail des canonistes au moyen âge (1), ce principe est exprimé à deux reprises dans le Code civil français. D'abord d'une façon directe et particulièrement énergique dans l'article 1134, aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », et pour celui qui se rappelle le fétichisme

(1) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 22, p. 39.

de la loi, en vogue à l'époque de la confection du Code et durant la presque totalité du ^{xix}^e siècle, cette assimilation de la convention à la loi est significative ; — ensuite dans l'article 6 qui, tout en indiquant, qu'on « ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » admet indirectement que pour tout le reste, la liberté de contracter est intacte.

Cet article 6 apporte une dérogation de principe à la règle de l'autonomie de la volonté, et dans des différentes parties du Code, que ce soit au titre du contract de mariage (art. 1387), que ce soit au titre du contrat en général (1172), que ce soit au titre des donations entre vifs et des testaments (art. 900), nous voyons revenir cette formule que nous trouvons au début du Code. Chaque fois que le juge se trouvera en face d'une convention, allant à l'encontre de cette prohibition, il devra annuler. Mais, comme l'article 6 et ses doublures, sont plutôt des déclarations de principe que des règles techniques, comme d'autre part, selon l'interprétation courante, ces articles ne visent le respect des bonnes mœurs et de l'ordre public que dans la mesure où ce respect est exigé par un texte, force est, de mettre à la disposition du juge des moyens techniques d'une précision autrement efficace, pour repérer, analyser et condamner ensuite, les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Nous avons tout d'abord, dans cet ordre d'idées, l'article 1128, C. civ. français : « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Le procédé technique est simple, le rôle du juge est facile. Il n'a qu'à considérer l'objet sur lequel

porte le consentement et si cet objet est hors du commerce il annulera. Procédé en vérité un peu trop simple et qui, pris à la lettre, ne suffirait pas de frapper même une partie infime des conventions, si l'interprétation n'avait pas élargi la notion des choses hors du commerce, en y englobant également les choses à caractère illicite ou immoral. Aussi, pour certains auteurs (1), ce moyen est-il pleinement suffisant et l'article 6 n'aurait aucune raison d'exister.

On pourrait douter de la pleine efficacité de cet article 1128 C. civ. français : pour qu'il soit applicable, il faut que les parties aient eu la naïveté d'avouer sous la forme de l'objet leurs desseins illicites. Que des fois, faut-il cependant s'employer à une analyse bien plus subtile de la convention, aller au delà de l'objet, analyser les deux volontés exprimées, rechercher le « pourquoi » du contrat, pour découvrir son caractère illicite ! Le moyen technique pour cette analyse, se trouve dans les art. 1131 : « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet », — et 1133 : « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. » Sans nous attarder sur les discussions auxquelles la théorie de la cause a donné lieu en doctrine et en jurisprudence (2), bornons-nous à constater que cette dernière, — en refusant de considérer la cause comme le but immédiat et direct qui ressort du contenu du contrat, la cause toujours identique

(1) M. PLANTOE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 396. — HUC, *Commentaire du Code civil*, t. I, n° 187.

(2) H. CAPTANT, *De la cause dans les obligations*. — L. JOSSEFRAND, *Les imobiles dans les actes juridiques en droit privé*.

à elle-même dans les actes juridiques de même nature, — en refusant de respecter la séparation que la doctrine voudrait voir si soigneusement établie entre la cause et le motif (1), — annule toutes les fois (2) que ce motif lui paraît contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (3).

10. Le Code civil allemand fait, certes, à l'autonomie de la volonté une place des plus larges ; il consacre le principe de la liberté des conventions. Cependant, à la différence de la théorie classique de l'autonomie de la volonté, pour le Code civil allemand l'effet attribué à l'expression de la volonté, ne l'est, qu'en vertu de la loi ; il ne s'agit plus d'un pouvoir juridique initial, mais d'un pouvoir juridique dérivé (4).

Plus est : en droit français, la base de l'engagement c'est la volonté du contractant, sa déclaration n'a de valeur et de portée, que dans la mesure où elle traduit sa volonté. C'est l'individu qui crée le droit à son profit ou à son détriment. Au contraire, dans le Code civil

(1) H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 4, p. 22.

(2) R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, art. 138, n° 3-12, p. 252-256.

(3) Jurisprudence en ce sens cf. L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 194-199. — G. RIPERT, *op. cit.*, n° 24-30, p. 44-60.

(4) R. SALEILLES, Introduction à l'étude du droit civil allemand, p. 45. — COSACK, *op. cit.*, t. I, § 71, II. — ENDEMANN, Wirkung der Verbotsgesetze, p. 73. — C. CROME, System des deutschen bürgerliche Rechts, t. I, § 73, 79. — DERNBURG, Pandekten I, § 79. — ZITELMANN. Irrtum, p. 230. — ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *op. cit.*, t. I, § 155, p. 413-417. — J. v. STAUDINGER, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, dritter Abschnitt, zweiter Teil IV, p. 458. — R. STAMMLER, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, dritter Abschnitt, XIV, p. 55. — R. G. E., XCV, p. 124. — R. G. in Seuff. Arch. LXXVIII, p. 62.

allemand plus préoccupé des intérêts des tiers et du crédit (1), le principe fondamental, c'est que la volonté ne peut avoir d'effets juridiques, que si elle a été déclarée et dans la mesure où elle a fait l'objet d'une déclaration extérieure, que cette déclaration ait été expresse ou tacite, qu'elle se suffise à elle seule, ou qu'elle exige une autre déclaration concordante, peu importe. Là, où l'on parlait autrefois de volonté, on parle aujourd'hui de déclaration (2). Là, où l'on recherchait ce qui a été voulu, on recherche ce qui a été déclaré.

A prendre cette affirmation au pied de la lettre, ce serait se rallier à cette doctrine qui en matière d'interprétation d'un acte juridique, fait prévaloir la volonté déclarée sur la volonté réelle (3). C'est un système qui a été défendu par toute une école (4). Est-ce le système que le Code civil allemand a adopté ? Il faut remarquer qu'il semble bien logique que, du moment qu'on admet que le fondement de tout acte juridique est la déclaration de volonté, l'on admet également qu'elle représente effectivement une volonté, celle-ci existât-elle ou non réellement.

Quelles seraient les conséquences qui découleraient de cette manière de voir, en ce qui concerne les moyens techniques de reconnaissance et de repression des conventions immorales, par rapport aux moyens du Code civil français ? a) Dans la recherche que le juge entreprend pour trouver les actes juridiques immoraux, il

(1) H. LÉVY-ULLMANN, L'obligation et le contrat au cours du premier quart du xx^e siècle, cours de Doctorat 1927-1928, p. 9.

(2) PLANK, *op. cit.*, p. 3.

(3) DANZ, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, p. 48.

(4) C'est la « Erklärungstheorie ».

serait confiné dans un système de déclaration de volonté, à l'appréciation uniquement de l'objet. Il ne peut prendre en considération que la déclaration et ce qui s'y trouve objectivement. Il n'aurait que les moyens qui sont accordés au juge français par l'article 1128 C. civ., moyens bien insuffisants, nous l'avons vu, parce que rares seront les parties, qui auront la candeur de reconnaître le caractère immoral de l'objet de leur convention.

b) On voit le lien qui unit la déclaration de volonté et la théorie de la cause. La déclaration formant à elle seule le contenu de l'acte juridique, elle en constitue également la délimitation et cette délimitation est ce que les parties ont voulu qu'elle fût. Le contenu réel de la déclaration, est limité à son contenu formel. Or, dans un pareil système, point n'est besoin d'une théorie de la cause — et de fait, le Code civil allemand n'en parle pas comme condition de validité des conventions — parce que tout ce qui se trouve dans la déclaration est cause et tout ce qui s'en trouve exclu est motif. Les pouvoirs du juge n'ont pas besoin d'être délimités par la cause, ils trouvent leurs limites dans la déclaration de volonté même.

On ne manquera pas d'apercevoir les désavantages de la déclaration de volonté, ainsi entendue, dans ses conséquences logiques. Il n'y a que l'alternative : ou bien on se tient pied ferme à ces conséquences, et alors ce serait un leurre, que de vouloir atteindre la grande majorité des conventions immorales ; ou bien on renonce de tirer toutes les conséquences logiques du système, on permet au juge d'aller au delà de la déclaration, et dans ce cas — à défaut d'une théorie de la cause — on lui ouvre largement les portes de l'investigation, en

partant de la considération de la chose, jusqu'à scruter les intentions les plus intimes des contractants. Quelle est dès lors la position prise par le Code civil allemand ?

11. A lire l'article 133 B.G.B., il semble bien que celui-ci —, en rompant brusquement avec la théorie de la déclaration de volonté — ait pris la deuxième position : « Pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration de volonté, il y a lieu de rechercher la volonté réelle et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression » dit-il. Il semble bien là, une contradiction absolue avec le principe de la déclaration de volonté, bien improbable cependant dans le même titre d'un code. Il semble plutôt, que la règle interprétative de l'article 133 B.G.B., a besoin elle-même d'une interprétation.

Lors de sa rédaction, on pouvait choisir entre deux théories générales en matière d'interprétation d'actes juridiques. Il y avait la théorie de la volonté, fille directe du principe de l'autonomie de la volonté, défendue et mise en relief surtout par Savigny et qui fait prévaloir la volonté vraie sur la déclaration ; il y avait d'autre part, la théorie de la déclaration, plus soucieuse de la sécurité des relations privées et selon laquelle il n'y a lieu de tenir compte que du sens qu'on peut normalement attribuer à une manifestation de volonté, cette volonté fût-elle même fictive (1). La théorie de la volonté part évidemment d'un point de vue plus éthique, mais on invoquait en faveur de la théorie de la déclaration des raisons tenant également à l'histoire du droit, à la philosophie du droit et à la législation positive. Au point de vue historique, il serait indéniable que le

(1) PLANK, *op. cit.*, p. 165 et suiv.

droit traîne avec lui un penchant vers l'extériorisation ; au point de vue philosophique, la théorie de la volonté présenterait trop d'attaches avec le droit naturel, pour ne pas se méfier d'elle ; au point de vue législatif enfin, il importe de protéger la confiance que l'on prête aux transactions privées (1).

Dans les travaux préparatoires du B.G.B. et dans le Premier Projet on s'était rallié à la théorie de la volonté et l'article 73 P1 exprimait bien cette tendance (2). Cet article 73 P1 — lui-même la reproduction de l'article 278 de l'ancien Code de commerce — était passé dans la rédaction définitive, où il devait devenir l'actuel article 133 B.G.B. Devant les vives protestations auxquelles cette rédaction avait donné lieu, on avait, lors de la rédaction définitive accepté une position intermédiaire : on allait maintenir telle quelle la teneur de l'article, mais quant à sa portée d'application, on allait le considérer — et cette tendance ressortirait surtout de l'article 119 B.G.B. — comme étant encadré dans le système d'ensemble de la déclaration de volonté, n'y aurait-il pour preuve que le changement admis en ce qui concerne certaines déclarations non-concordantes avec l'intention (art. 119 B.G.B.) où l'on a substitué l'annulabilité à la nullité du Premier Projet, — et la suppression du principe théorique général de l'article 95 P1 (3). Aussi estime-t-on généralement, que l'article 133 B.G.B. ne veut dire nullement qu'il y a toujours et dans tous les cas à rechercher la volonté vraie,

(1) HÖLDER, Willenstheorie und Erklärungstheorie dans Iherings Jahrbücher, 58, p. 116-117.

(2) M. I., p. 126. — P. 1., art. 95 et suiv.

(3) R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, art. 115, p. 6.

en l'opposant au besoin à la volonté exprimée, mais bien qu'il y a lieu de dégager la volonté vraie, en tenant compte de toutes les circonstances dont la déclaration a été entourée. On a cru pouvoir indiquer de cette façon un critérium au juge et concilier cet article à la rédaction quelque peu rébarbative, avec le principe de la déclaration de volonté. Critérium commode, peut-être, en théorie, mais bien peu résistant devant les épreuves et l'infinie complexité des circonstances pratiques, pour pouvoir constituer un guide sûr et poser des limites précises aux investigations du juge.

L'article 133 B.G.B., s'applique quand il s'agit d'interpréter les déclarations de volonté. Il s'applique sans doute aux actes unilatéraux (1). Qu'en est-il des actes synallagmatiques ? Nous trouvons en matière de contrats, une règle d'interprétation autrement large et partant d'un point de vue essentiellement différent de celui dont se réclame l'article 133 B.G.B. Cette règle nous est donnée par l'article 157 B.G.B., insérée au Titre du Contrat et dont la teneur est comme suit : « Les contrats doivent être interprétés comme l'exigent la loyauté et confiance réciproque, en corrélation avec les usages admis en affaires. » Les deux sortes d'interprétation sont donc essentiellement différentes : pour l'une, le critérium est subjectif, en tant qu'il faut rechercher les éléments dans l'acte lui-même, pour l'autre il est mitigé, en tant qu'on tient compte des usages, élément objectif, — de la loyauté et de la confiance, toutes les deux éléments subjectifs. Supposons dès lors, un contrat de vente, que le juge voudrait faire

(1) GRUCH, 55, 883.

tomber pour immoralité ; faut-il procéder suivant les indications de l'article 133 B.G.B., ou bien suivant celles de l'article 157 B.G.B. ? On se rend facilement compte que, suivant qu'on applique l'un ou l'autre, on arrive à des résultats sensiblement différents.

12. La réponse, à notre avis, est à trouver dans l'analyse de la construction technique du contrat. Le contrat est la concordance de deux déclarations de volonté, « ...la combinaison de deux déclarations de volonté, qui doivent être adressées » (1). Pour déterminer les champs d'application des articles 133 et 157 B.G.B., il faut décomposer en deux mouvements l'acte du contrat : il y a d'abord deux déclarations de volonté à l'état isolé ; il y a, en second lieu, la réunion de ces deux manifestations, en vue de l'obtention d'un but commun. A chacun de ces deux états s'applique un de nos articles, au premier l'article 133 B.G.B., au second l'article 157 B.G.B. En effet, il s'agit en premier lieu, de déterminer quel est le sens et l'importance d'une manifestation de volonté, si les conditions de validité en sont remplies, si en un mot elle remplit toutes les conditions pour qu'un contrat puisse prendre valablement naissance ; si au contraire, il s'agit d'un contrat parfait, on devra prendre les deux manifestations dans leur ensemble, comme un tout, comme un instrument formé d'une façon valable, en vue de produire des effets économiques et dont il s'agit de déterminer la portée « comme l'exige la loyauté et la confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires ».

(1) C. CROME, *op. cit.*, t. I, § 89, p. 395.

Le rôle de l'article 157 B.G.B., par rapport à l'article 133, est celui d'un moyen de deuxième degré et supplétif. Avant d'apprécier un contrat dans son ensemble, il faut bien savoir s'il est valable et les éléments de sa validité sont à rechercher dans les deux atomes qui composent la molécule du contrat : les manifestations de volontés des parties contractantes. Il importe peu pour l'instant, que ces manifestations doivent être entachés d'immoralité toutes les deux ou l'une seulement, dans tous leurs éléments ou dans un seul ; ce qui importe, c'est, que c'est dans les manifestations de volonté qu'il faut rechercher le caractère immoral d'un acte et que c'est dès lors l'application de l'article 133 B.G.B., qui s'impose.

C'est bien d'ailleurs, l'opinion également de la majorité des auteurs (1). C'est également dans le même sens que s'exprime le Reichsgericht, quand, en supposant qu'il y a concordance des volontés, donc contrat, mais que s'agissant d'en remplir les lacunes, on ne peut user que de l'interprétation de l'article 157 B.G.B. ; il dit : « ... A l'interprétation supplétive du juge, par application de la bonne foi en corrélation avec les usages, il ne peut y avoir lieu, que si un contrat présente des lacunes *dans son cadre réellement formé...* » (2) ; — ou bien, que s'agissant d'une clause tacite, en l'espèce la clause *rebus sic stantibus* — il

(1) OERTMANN, *op. cit.*, dritter Abschnitt, dritter Teil, I, b, p. 562-563. — J. v. STAUBINGER, *op. cit.*, dritter Abschnitt, zweiter Teil, § 133, 3, p. 551. — R. STAMMLER, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, zweiter Abschnitt, 9, p. 37. — BUSCH, Erlr., etc., art. 157, p. 259-260.

(2) R. G. E., 87, p. 211.

déclare que, tout en excluant d'une façon générale l'admission d'une clause tacite, « il pourrait y avoir des cas isolés ou des groupes bien déterminés de contrats légalement formés où, de la commune intention des parties et appuyé sur l'article 157 B.G.B., on pourrait conclure à l'existence de cette clause... » (1), — ou bien enfin, que pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 157 B.G.B., « ...il faut qu'il y ait dans le cadre même du contrat et à l'intérieur des conventions réellement voulues, des lacunes. On ne pourrait cependant jamais parler d'une lacune susceptible d'être comblée, si ce complément conduisait à un élargissement de l'objet du contrat... » (2).

Ces quelques espèces prouvent le souci du Reichsgericht, de ne pas admettre l'application de l'article 157 B.G.B., que pour l'appréciation de la portée du contrat et à titre supplétif.

13. L'application de l'article 133 B.G.B. seul, à l'appréciation d'une manifestation de volonté une fois admis, il importe d'en préciser le sens. La tâche est rude, parce que au delà des spéculations théoriques et des arguments de texte qu'on a cherchés pour encadrer d'une part, cet article dans le système général de la déclaration de volonté, — pour le concilier avec certains textes, tel l'article 119 B.G.B., d'autre part, — il y a la pratique et qu'il faut s'aventurer dans le dédale

(1) WARN., Rspr. 25, n° 103, R. G. 8 janvier 1925.

(2) Jur. Rundsch. Rspr. 26, 627, R. G., 25 janvier 1926. — Cf. également dans le même sens R. G. E., 67, p. 433 ; R. G. E., 67, p. 213 ; R. G. E., 92, p. 319 ; J. W. 1915, p. 997 ; J. W. 1930, p. 3085 ; J. W. 1930, p. 3088.

inextricable des arrêts, pour démontrer que les pouvoirs donnés au juge par l'article 133 B.G.B., sont en réalité sensiblement plus grands que d'aucuns le voudraient.

Nous allons diviser cette partie en trois sections : en premier lieu nous allons étudier les arguments que l'on a invoqués pour donner à l'article 133 B.G.B. un sens autre, que sa rédaction littérale nous laisserait supposer ; en second lieu nous allons essayer de répondre à ces arguments et de donner les raisons qui nous obligent de les combattre ; en troisième lieu enfin, nous nous attacherons à l'étude de la jurisprudence.

Il importe de rappeler tout d'abord une opinion extrême et isolée, concernant la portée de cet article 133 B.G.B. C'est celle de F. Leonhard. Suivant cet auteur, deux idées président à l'interprétation de cet article : en premier lieu la possibilité d'appréciation du destinataire de la déclaration, en second lieu les circonstances de fait, qui entourent la manifestation de volonté, — et dès lors, la formule à laquelle il arrive, est la suivante : La volonté vraie, ce n'est nullement celle qui a été réellement voulue par la partie qui l'a émise, mais celle qui était susceptible d'être reconnue par le destinataire de la déclaration et en tant qu'elle est révélée par les termes même de la déclaration, sans tenir compte des circonstances qui l'entourent et qui ne sont pas affaire d'interprétation, mais seulement affaire de preuve (1).

L'opinion de Leonhard n'est pas partagée par les auteurs ; elle est en contradiction trop flagrante avec

(1) F. LEONHARD, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, p. 348. — *Ibid.*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Arch. f. ziv. Prax., 120, p. 14.

la lettre du texte et avec la jurisprudence (1). La faveur de la grande majorité des auteurs, va au contraire vers une opinion autrement souple et qui serait en concordance avec l'œuvre de transaction que le Code allemand, au dire de ces auteurs, aurait accompli en matière de déclaration de volonté. On soutient que si l'article 133 B.G.B. parle de volonté réelle, ce n'est pas la volonté première, celle qui se confond presque avec l'intention, qu'il faut rechercher ; ceci signifie tout simplement, qu'une déclaration ne doit pas s'interpréter d'après son sens littéral sous prétexte de nécessité de crédit, — mais qu'il faut rechercher « la volonté vraie » dans l'acte de volition finale, en se servant pour sa découverte de toutes les circonstances extérieures qui accompagnent l'acte ; mais de celles-ci seulement, parce que autrement on ne pourrait plus parler de déclaration. On insiste surtout particulièrement sur l'expression « acte de volition finale », pour marquer bien qu'on ne considère pas le processus psychologique dans son ensemble, en remontant à la genèse de la décision (2). Un seul auteur, à notre connaissance, paraît pousser la chose plus en avant et admettre que sous volonté réelle on entend la volonté interne, mais ressortant toujours des circonstances de la déclaration (3).

(1) Cf. cependant R. G. 12 et 16 mars 1915, J. W. 1915, 571. — R. G. 10 mars 1910, R. G. E., 95, 125. — G. R., 25 janvier 1921, R. G. E. 101, p. 246.

(2) R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, art. 133, p. 217, 220. — PLANCHE, *op. cit.*, p. 185. — C. CHOME, *op. cit.*, § 94, p. 407-408. — OERTMANN, *op. cit.*, dritter Abschnitt, zweiter Titel, p. 467. — ENDEMANN, *op. cit.*, § 70, p. 295. — COSACK-MITTEIS, *op. cit.*, p. 235, 240-241. — J. V. STAUDINGER, *op. cit.*, § 133, 3, p. 551.

(3) ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *op. cit.*, t. I, p. 484.

Quels sont les arguments invoqués par ces auteurs ? Ils sont de deux ordres : d'abord le principe général de la déclaration de volonté, ensuite l'article 119 B.G.B. relatif à l'erreur.

Le principe fondamental de la matière étant que la volonté ne peut produire d'effet juridique qu'autant qu'elle a été déclarée, comment pourrait-on concevoir un système d'interprétation allant au delà des éléments de la déclaration ? Il serait impossible, d'isoler cet article 133 B.G.B. de tout le travail doctrinal, auquel on s'était livré en Allemagne pendant de longues années avant la mise en vigueur du Code, sur la notion de l'obligation et dont la déclaration de volonté est un des résultats les plus remarquables. L'article 133 B.G.B., pris à la lettre, mais ce serait une rupture brusque et stupide avec la déclaration de volonté et le retour à la formule de l'autonomie de la volonté, entendue dans son sens le plus classique !

Plus encore : l'article 133 B.G.B., pris à la lettre se heurte à des textes précis du Code, insérés au même titre et entre lesquels il faut, coûte que coûte, trouver un terrain d'entente ; il s'agit de l'article, 119 B.G.B. On a tiré deux ordres d'arguments de cet article se rapportant à l'erreur : dans sa rédaction définitive, celui-ci ne prononce pas comme sanction de l'erreur la nullité, contrairement à ce qu'on avait prévu dans les projets antérieurs, mais seulement l'annulabilité. Or, qu'est-ce à dire, sinon que les rédacteurs du Code ont voulu rompre définitivement par là avec l'autonomie de la volonté, d'autant plus que l'on n'admet aucune distinction, quant à la sanction, entre l'erreur sur le contenu et l'erreur dans l'expression, qui cette

dernière, équivaut bien à une véritable absence de volonté et devrait dès lors entraîner la nullité (1). En pure logique la théorie de la volonté entraîne la nullité ; or c'est précisément ce qu'on a évité.

On a tiré un deuxième argument de cet article 119 B.G.B., pour dénier au juge le droit d'aller reconnaître la volonté au delà des éléments de la déclaration. Au premier abord et pour prendre le contrepied de la théorie de la volonté, il semblerait qu'un système de déclaration devrait supprimer la théorie de l'erreur, étant admis que l'erreur est un défaut de concordance entre la volonté interne du déclarant et la volonté apparente, résultant de la déclaration. Il n'y aurait rigoureusement à tenir compte de l'erreur dans ce système, qu'autant qu'elle est apparente, qu'elle jaillit de la déclaration elle-même, examinée avec soin. Le Code allemand n'a pourtant pas osé aller jusque là ; il a échafaudé une théorie intermédiaire, où une grande part a été faite au système adverse.

On s'accorde à admettre que le Code civil allemand connaît deux sortes d'erreurs : L'erreur dans l'expression quand le déclarant n'a pas voulu déclarer ce qu'il a déclaré, et l'erreur sur l'objet, quand il n'a déclaré ce qu'il a déclaré, que parce qu'il avait une notion erronée de l'objet. Si dans ces cas, disent les auteurs (2), l'article 133 B.G.B., avait permis au juge de rechercher la volonté vraie, l'article 119 B.G.B. n'aurait pas fait tomber la déclaration pour erreur ; en sanctionnant par l'annulabilité un défaut de concordance entre la volonté

(1) R. SALEILLES, *op. cit.*, art. 119, p. 14.

(2) R. SALEILLES, *op. cit.*, § 133, p. 219. — OERTMANN, *op. cit.*, art. 133, p. 485.

réelle et ce qui a été déclaré, ce dernier article exclut la recherche de la véritable volonté et sa substitution à la volonté qui a été déclarée. Mais une autre question se pose alors : va-t-on permettre au déclarant, en supposant que la preuve de l'erreur ne ressort pas du contexte de la déclaration, de faire la preuve de cette erreur au moyen d'éléments extérieurs à la déclaration ? Il faut bien l'admettre, parce que autrement ce serait supprimer en fait la portée de l'article 119 B.G.B., et c'est alors justement un des arguments que nous invoquons en faveur de notre thèse.

13 bis. Quelle est la valeur de tous ces arguments ? Essayons de répondre d'abord, à ceux qui ont été invoqués pour conclure que l'article 133 B.G.B., est une diminution de la déclaration de volonté. Nous ne sommes pas de cet avis. Qu'il nous soit permis de partir, pour réfuter cette thèse soutenue si brillamment par M. Saleilles, des affirmations mêmes de cet auteur. Nous voulons faire allusion au rôle qu'il attribue au juge dans l'ensemble du Code civil allemand. Le principe général qui lui semble comme la base de la théorie du Code allemand — puisqu'il s'agit d'une théorie générale, qu'il nous soit permis de répondre par une théorie générale — est que l'interprète tient vis-à-vis de l'individu, la place qu'occupe dans un ordre plus général la loi ; le juge est, en un mot, le législateur des espèces concrètes. « ...Il faut appliquer, toute proportion gardée, à l'interprétation des actes privés le principe qui domine aujourd'hui l'interprétation des actes législatifs (1). »

(1) R. SALEILLES, *op. cit.*, § 133, p. 213.

Ce large, très large rôle attribué au juge, nous semble en parfait accord avec le principe de la déclaration de volonté ; au contraire, c'en est la contre-partie nécessaire, le complément indispensable, si on ne veut pas tomber dans le formalisme des législations primitives. Adopter un système de déclaration, c'est donner — quoi que l'on dise — la suprématie à la forme sur le fond. Quelle est la différence cependant, entre le formalisme moderne et le formalisme des législations primitives ? Ce sont justement les pouvoirs qui sont conférés au juge ; dans ces dernières, il y a des formes imposées aux parties et il y a le juge qui est tenu par la formule des parties. En droit moderne, il y a certes du formalisme, mais il y a la nécessité d'accorder au système juridique une certaine souplesse par l'octroi de larges pouvoirs au juge. C'est bien à ce besoin, que nous semble répondre l'article 133 B.G.B. et qui dès lors nous semble s'accorder parfaitement avec la déclaration de volonté.

Il nous faut retenir par ailleurs, certaines contradictions entre les expressions employées par des auteurs, et la réalité psychologique. On répète à satiété, que l'intention de l'émetteur d'une déclaration, ne pourra ressortir que des circonstances extérieures, qui ont accompagné une déclaration. Ceci nous semble reposer sur un grossier malentendu. Comme si psychologiquement parlant, on pourrait conclure à l'intention de l'individu sans que celle-ci se fût manifestée d'une façon quelconque à l'extérieur ? Prendre en considération toutes les circonstances qui ont accompagné la déclaration, pour découvrir la volonté vraie, cela suffit pleinement, pour justifier l'affirmation qu'en fait,

l'article 133 B.G.B. peut très bien conduire à la recherche de l'intention.

Qu'en est-il, dans un autre ordre d'idées, de l'argument tiré de l'article 119 B.G.B. ? Nous ne saurions retenir l'argument que l'on tire du fait de l'annulailité ; la nullité en matière d'erreur, n'est acceptée en principe, même par des législations qui ne reposent pas sur le principe de la déclaration, ce serait un de ces exemples dans lequel on sacrifierait trop à la logique abstraite. La vérité se trouve dans un moyen terme : l'annulabilité n'est invocable que par la victime, et, pour donner des garanties aux autres personnes — qui dans le cas de nullité auraient pu s'en prévaloir — le Code allemand organise dans son article 122, un système de réparations envers le destinataire d'une déclaration entachée d'erreur. C'est un procédé moins préférable au point de vue de la rigueur logique, mais en revanche autrement souple et sauvegardant mieux la sécurité des transactions (1).

Au contraire, d'une façon générale, l'introduction de la théorie de l'erreur dans le Code, marque, sinon un abandon de la théorie de la déclaration, du moins l'adoption d'une position intermédiaire. Nous sommes d'accord que le juge ne saurait substituer à la volonté déclarée la volonté vraie et lui donner d'effet juridique ; la jurisprudence également est dans ce sens (2). Ce sont cependant, des situations différentes, de substituer une volonté supposée vraie à une volonté déclarée et de lui faire produire d'effet juridique, que de constater une vo-

(1) Protokolle, II, p. 105-106.

(2) R. G. E., 68, p. 126. Cf. Les communications faites, aux Travaux pratiques de l'Institut de droit comparé (1934-1935) par M^{me} Koplowiez et M. Freund sur « L'erreur en droit allemand ».

lonté immorale et d'annuler l'acte qui en est entaché. C'est ici, nous semble-t-il, le domaine propre de l'article 133 B.G.B. et les articles relatifs à l'erreur ne sont, à notre avis, que des exceptions. On ne saurait, à notre sens, tirer des règles techniques spéciales, en matière d'erreur — qu'il fallait tout de même adopter, au risque d'abandonner en cas contraire toute cette théorie de l'erreur — des arguments, pour invalider le texte excessivement net et énergique de l'article 133 B.G.B. Il faut chercher un terrain d'entente entre l'article 119 B.G.B. et la possibilité de rechercher la volonté vraie. Nous sommes d'accord, seulement ne faudrait-il pas chercher cette entente au détriment de l'article 133 B.G.B. Au contraire, il nous semble que de la théorie même de l'erreur, nous pouvons tirer un argument très fort en notre faveur. Nous faisons allusion à la situation, où l'erreur ne résulte pas de la déclaration ; permettra-t-on dans ce cas au déclarant de faire la preuve de l'erreur, au moyen d'éléments extérieurs à la déclaration ? Il faut bien l'admettre ; l'interprétation étant insuffisante à redresser la déclaration, on autorise le déclarant à prouver que sa déclaration n'exprime pas ce qu'il voulait déclarer et à obtenir l'annulation (ou la rectification) de sa déclaration. La jurisprudence est en ce sens (1). Nous nous demandons dès lors, en quoi le

(1) Cf. cependant un arrêt en sens contraire R. G. E. 55, p. 368. Il s'agissait d'une erreur que l'on invoquait à propos d'un contrat de vente. Le Reichsgericht refuse de la prendre en considération, arguant que « ... la conception erronée doit reposer sur une partie intégrante de l'acte juridique, sur le contenu objectif de la déclaration. L'erreur sur les circonstances extérieures au contenu de la déclaration de volonté n'est pas une erreur à prendre en considération au sens de l'art. 119... » p. 370.

fait de fournir au juge des éléments extérieurs à la déclaration qu'il prend ensuite en considération pour l'application de l'article 119 B.G.B., ne porte-t-il pas atteinte au principe de la déclaration ? Celui-ci a été instauré pour la sauvegarde du crédit et des intérêts des tiers. En quoi ces intérêts sont-ils mieux assurés, en permettant aux parties de fournir au juge des éléments extérieurs, pour déterminer sa conviction, que de permettre au juge d'aller les chercher lui-même ? C'est là le point faible auquel on devrait répondre ! En réalité, c'est simplement une confirmation de la portée que nous entendons donner à l'article 133 B.G.B. Les auteurs (1) affirment que... « non seulement une erreur se laisse reconnaître, mais que la véritable désignation apparaisse clairement même sous l'inexactitude de la dénomination, le juge pourra interpréter la déclaration dans le sens réellement voulu par les parties... » C'est ce qu'il faut retenir.

14. Considérons la jurisprudence quant à la portée de l'article 133 B.G.B. Des espèces excessivement nombreuses, qui se sont présentées à propos de cette question et dont nous reproduisons quelques-unes de celles qui nous ont paru parmi les plus représentatives, nous pouvons dégager les conclusions suivantes :

a) Toutes ces espèces, à très peu d'exceptions près, reproduisent la formule de la loi, qu'il n'y a pas lieu de se tenir au sens littéral de l'expression et ajoutent, qu'au contraire, il y a lieu de rechercher la volonté vraie

(1) R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, art. 133, p. 221.

dans toutes les circonstances de l'espèce (1). Ceci marque le souci des juges d'écarter l'interprétation strictement littérale, mais ce n'en est pas la seule préoccupation.

b) On trouve dans certains arrêts la tendance à déterminer l'intention des parties, non pas leur intention subjectivement exacte, mais l'intention que le juge peut normalement et sous l'influence des usages courants, considérer avoir été celle des parties, dans les circonstances données. C'est le seul essai d'objectivisation qu'on puisse trouver, à notre connaissance et encore, cette façon de considérer les choses, n'est-elle pas imposée à titre impératif, mais c'est plutôt un desideratum exprimé parfois par la Cour suprême.

c) Il y a des arrêts dans lesquels on n'admet qu'une interprétation plus restreinte, dans le double sens que l'on tient compte de la portée que le destinataire pourrait donner à la déclaration, d'autre part, que l'interprétation doit se faire en rapport très étroit avec les termes de l'acte même. Les arrêts de ce genre ne sont pas faits pour infirmer notre thèse ; se sont des arrêts rendus dans des matières touchant fortement au droit commercial et auxquels les règles de ce dernier ont certainement donné un *coloris* spécial.

Analysons brièvement quelques-unes des espèces que nous avons glanées. Nous verrons partout, hormis les caractères que nous venons de mentionner plus haut, le souci — même s'il n'est pas exprimé en termes exprès

(1) Cf. cependant en sens contraire R. G., 12 et 16 mars 1915, J. W. 1915, 571. — R. G., 10 mars 1910, R. G. E., 95, p. 125, où l'on peut lire «... la recherche de la volonté trouve ses limites dans la déclaration effectivement existante... »

— de pénétrer les motifs des parties, de rechercher leur véritable volonté.

Premier cas. Le plaideur, rentrant de la foire, avait demandé au défendeur, de le ramener chez soi en traîneau. En cours de route, un accident est causé par les chevaux et le plaideur demande au défendeur des dommages-intérêts sur la base de l'article 833 B.G.B. Le défendeur réplique qu'on avait tacitement exclu l'application de l'article 833 B.G.B. Le Reichsgericht estimant « ... qu'on ne peut supposer une concordance des volontés que si les parties avaient pensé tacitement au cas que l'on prétend avoir prévu. Mais rien n'indique que le plaideur ou le défenseur aient songé à cette possibilité... » (1) admet donc volontiers, qu'il y ait recherche de l'intention des parties, si seulement il y avait un indice, encore si peu important fût-il.

Autre cas. Il s'agit d'une banque, qui ayant reçu une somme d'argent d'une personne déterminée en acquittement d'une dette, l'avait versé au compte indiqué, mais qui profitait indûment à des tierces personnes. Le Reichsgericht décide « que ce serait se tenir au sens littéral des expressions et non pas rechercher la volonté vraie, que de méconnaître que le mandat donné avait pour but unique, de transférer dans le patrimoine du créancier, la somme versée... » (2). On doit donc toujours encore, prendre en considération l'intention — en l'espèce la volonté d'acquitter une dette — et s'y tenir.

Troisième cas. Une mère réservataire avait renoncé à la réserve lui incombant dans la succession de son

(1) R. G. E., 67, p. 431.

(2) R. G. E., 84, p. 349.

fil, qu'elle croyait vivant au moment de sa renonciation. Les héritiers de la mère attaquent la renonciation. Le Reichsgericht déclare, qu'il y a lieu de tenir compte de l'article 133 B.G.B., que quoique les termes portassent « renonciation à la réserve » la mère n'aurait pas eu l'intention de renoncer si elle avait su que son fils était décédé déjà (1).

Dans une autre espèce, commerciale celle-ci par certains côtés, la situation est différente. Il s'agissait de savoir si un sociétaire peut faire don de sa part en société étant donné que d'après les statuts de ladite société, la vente d'une part avait besoin de l'approbation des autres sociétaires. Le Reichsgericht déclare : « Il n'y a pas de raison d'exclure d'emblée l'application des articles 133 et 157 B.G.B. Toutefois, de par la nature et l'espèce du contrat, il y a lieu d'assigner à l'interprétation des limites étroites, à la fois pour le motif que, dans l'interprétation d'une déclaration de volonté l'on ne saurait prendre en considération des circonstances qui n'étaient pas intelligibles pour le destinataire de la déclaration, — et pour le motif que, le contrat de société produit des effets non pas seulement entre les parties, mais à l'égard des tiers, ce qui signifie qu'on ne saurait admettre qu'une interprétation ressortant du texte même ... » (2).

(1) R. G., 19 septembre 1918, R. G. E., 93, p. 287. Dans le sens des trois arrêts reproduits ci-dessus cf. R. G. E., 66, p. 427 ; — R. G. E., 80, p. 208 ; — R. G. E., 82, p. 50 ; — R. G. E., 83, p. 184 ; — R. G. E., 92, p. 390 ; — R. G. E., 95, p. 9 ; J. W., 1930, 3085, R. G., 10 décembre 1929 ; — R. G., 2 novembre 1920, R. G. E., 100, p. 201 ; — R. G., 1^{er} avril 1916, Warn. Rspr. 1916, n° 157 ; — R. G. 1^{er} février 1915, Warn. Rspr. 1915, n° 121 ; — R. G., 30 avril 1917, Recht, 17, n° 1559.

(2) R. G., 25 janvier 1921, R. G. E., 101, p. 246.

On saisit la pensée du Reichsgericht en rédigeant cet arrêt si différent de ceux que nous avons vu plus haut : il s'agit d'un contrat de société, qui par conséquent intéresse des tiers, pour la protection desquels il faut dans l'interprétation, se tenir aux éléments susceptibles d'être reconnus et appréciés par tout le monde. Au contraire, dans les obligations civiles, qui certes, intéressent la collectivité, mais qui au premier chef intéressent les parties elles-mêmes, il y a lieu de tenir compte de la volonté vraie, de l'intention et des motifs des parties.

15. Au terme de cette section, la conclusion s'impose que l'article 133 B.G.B. doit être entendu dans le sens de sa rédaction littérale ; cette interprétation n'est en contradiction ni avec le principe général de la déclaration de volonté, ni avec l'article 119 B.G.B. et la théorie de l'erreur ; elle est au surplus conforme à la jurisprudence. Le domaine d'investigation assigné au juge en matière civile est donc excessivement large, c'est de sa conscience et d'elle seule, que relèveront toutes les atteintes à la licéité du consentement. Il pourra pour remplir sa mission — et la jurisprudence le lui indique parfois discrètement — s'inspirer du sentiment et des usages des honnêtes gens ; mais ce n'est pas sa seule mesure, ni celle qui lui est dictée d'une façon impérative. Il pourra encore s'inspirer de tendances personnelles, qu'il juge préférables et que dans son esprit l'état moral fait prédominer (1).

(1) Le Code civil Suisse également, accorde de très larges pouvoirs d'appréciation au juge et il tient très justement compte de la moralité des parties.

SECTION II. — CONCEPTION ET DÉLIMITATION
DE LA NOTION DE BONNES MŒURS

Ayant envisagé les points à la lumière desquels nous devons développer le sujet des bonnes mœurs, il reste à nous demander, quelle en est la notion. Jetons d'abord un coup d'œil sur les conclusions auxquelles on est arrivé en France.

16. Une remarque préliminaire : aucun des auteurs ne nous donne une définition de ce qu'il convient d'appeler les bonnes mœurs. Tout au plus estiment-ils, qu'il y a atteinte aux bonnes mœurs dans un cadre plus ou moins large : les uns dans le cadre de la loi, d'autres dans celui de l'opinion publique, d'autres enfin dans l'intention des parties. On saisit la préoccupation de ces auteurs ; étant dans l'impossibilité de donner une définition précise, on cherche au moins de fixer par des moyens techniques — entendus dans le sens le plus large — le cadre par lequel on pourrait contourner cette notion.

La notion de bonnes mœurs en droit civil français, nous semble dominée à l'origine par la théorie de la cause ; nous savons en effet, comment cette théorie dans son acception classique, était considérée comme une limite apportée par la loi à la liberté de contracter et aux pouvoirs d'investigation du juge.

Il est logique dès lors, de ne chercher la notion de bonnes mœurs, que dans le contrat et ce qui revient au même, en faisant un pas plus loin, dans la loi. Cette façon

de raisonner nous semble d'ailleurs sentir la plus pure école de l'exégèse (1) : ne sont considérées contraires aux bonnes mœurs que les atteintes stigmatisées comme telles par la loi et frappées dans le cadre du contrat même, par les moyens et les éléments techniques, prévus à cet effet par la loi.

Parmi les auteurs partisans de ce système, il faut ranger Huc et Baudry-Lacantinerie. Pour le premier, les bonnes mœurs n'existent qu' « en tant qu'elles sont déterminées et protégées par la loi positive » (2). Et pour tirer la conséquence logique de cette affirmation, il déclare que l'article 6 C. civ. n'a aucune raison d'exister, parce que pour toutes les hypothèses où cet article serait applicable, il y aurait toujours une raison juridique autre, en vertu de laquelle on puisse prononcer la nullité ou l'inefficacité de la convention, que ce fut au moyen de l'objet, de la cause ou de la condition (3). L'auteur considère comme dangereux de donner une formule d'ensemble — fut-elle encore si vague que celle de l'article 6 C. civ. — sur les bonnes mœurs ; mais les tribunaux et les juges n'auront pas à s'en préoccuper, c'est la tâche du législateur de découvrir et d'imposer les règles morales dignes d'être respectées par les contractants.

Baudry-Lacantinerie prend une position assez rapprochée ; étant d'accord avec Huc qu'il faut des dispositions légales qui consacraient ce qu'il convient d'appe-

(1) E. TCHAVDAROFF, *De la notion des bonnes mœurs. Essai théorique sur la recherche d'un critérium*, thèse Roulose 1927, p. 26.

(2) T. Huc, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. I, n° 186, p. 174.

(3) T. Huc, *op. cit.*, t. I, n° 193, p. 181.

les bonnes mœurs, pour que celles-ci fussent respectées (1), il considère comme telles, toutes celles, « qui par leur fondement reposent sur des conceptions considérées par le législateur, organe de la pensée nationale, comme essentielles au maintien de la Société » (2). Formule vague et courante, comme on en rencontre chez nombre d'auteurs en cette matière et d'une imprécision qui nous indique tout au plus, la tendance de l'auteur de juger la notion de bonnes mœurs d'après le critérium de l'école sociologique. Par ailleurs, il est un partisan fervent de la cause, entendue au sens classique et prône sa distinction d'avec le motif ; il est obligé de constater cependant — tout en reproduisant quelques épars arrêts qui observent cette distinction — que « ces arrêts n'ont pas empêché la jurisprudence de verser à nouveau dans l'erreur » (de la confusion de la cause et du motif) (3).

Chez quelques classiques, tels que Demolombe, Laurent, Aubry et Rau, nous trouvons — se muant généralement dans le même cadre — une conception à certains égards plus large. Le premier, englobe la notion de bonnes mœurs dans celle d'ordre public et le tout dans une espèce de droit public, entendu à cet effet dans un sens un peu particulier. Quant à la nature de ce droit public, l'auteur, loin de nous donner des précisions, se livre à une longue énumération des dispositions qui selon lui en font partie, pour avouer finalement « qu'il

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, Droit civil, Personnes, t. I, n° 269 *bis*, p. 235.

(2) *Ibid.*, n° 268, p. 233.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, Obligations, t. I, n° 313, p. 261 note.

serait impossible... de chercher quelque part un moyen absolu et général de décision » (1) — et de nous faire assister à un long défilé des causes illicites (2). Pour Laurent, les bonnes mœurs se confondent avec l'intérêt général « principe de toute évidence » (3) et peut être, trouvons-nous, chez cet auteur la première trace de l'application des idées sociologiques à notre matière (4) ; tandis que Aubry et Rau de leur côté ne sont pas plus explicites ; ils nous donnent bien une énumération des conventions contraires aux bonnes mœurs, mais quant à les synthétiser dans une formule d'ensemble, ils ne sont pas plus heureux que les précédents, en déclarant qu'il y a contrariété aux bonnes mœurs, du moment que la prestation promise par l'une des parties consiste dans l'accomplissement d'un fait illicite en soi (5). C'est résoudre la question par la question.

Les auteurs que nous avons vus jusqu'à présent, cherchaient donc le critérium des bonnes mœurs dans le cadre du contrat et de la loi ; ils voyaient bien la jurisprudence les dépasser, mais s'ils ne l'attaquaient pas — à l'exemple de Huc et de Baudry-Lacantinerie — l'enregistraient-ils sans prendre une position bien ferme. Avec les auteurs que nous allons aborder, nous sommes aux prises avec des conceptions bien différentes : ils cherchent un critérium situé en dehors du contrat, soit dans les faits sociaux — et c'est l'école sociologique — soit dans le for intérieur des parties contractantes.

(1) DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. I, n° 19, p. 18.

(2) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. IV, n° 374 et suiv.

(3) LAURENT, Principes de Droit civil, t. XVI, n° 124, p. 171.

(4) LAURENT, Cours élémentaire de Droit civil, t. I, n° 18, p. 139.

(5) AUBRY et RAU, Cours de Droit civil français, t. IV, § 345, p. 550.

Quelle est la conception des bonnes mœurs dans l'école sociologique française ? Elle est bien simple : les bonnes mœurs c'est la morale vue à la lumière des faits sociaux. Il n'est pas nécessaire de se rattacher à une conception rigide et immuable, étant donné que les faits moraux sont des faits sociaux, des réalités extérieures à l'individu ; ainsi entendues, les bonnes mœurs, ce sont les usages trouvant leur miroir dans l'opinion publique et ayant une existence objective. M. Demogue sans mettre directement en question la théorie de la cause, déclare que « ...toutes les fois que le but direct poursuivi est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, il y a nullité » (1). Quant à déterminer les bonnes mœurs, il ne s'agit nullement de prendre en considération un idéal religieux ou philosophique, mais tout simplement de tâter le pouls de l'opinion publique ; et toutes les fois que celle-ci ne désapprouve pas une convention, elle sera valable, fût-elle condamnable en elle-même (2). La jurisprudence soucieuse de la moralité des conventions, n'a pas voulu tenir compte de la distinction du motif et de la cause, mais elle a « ... dû s'arrêter impuissante devant le réseau serré des entrecroisements d'intérêts, se contentant de porter quelques coups lorsqu'elle le pouvait » (3).

Voilà une théorie, qui tout en ne s'embarrassant pas trop de la cause, est tout de même tentée de donner aux bonnes mœurs ce caractère objectif qui rappelle si singulièrement nos théories allemandes.

(1) R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, n° 773, p. 596.

(2) R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 773, p. 598.

(3) R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 746, p. 543.

M. Savatier n'est pas moins catégorique. En effet, il dit que la question de savoir si une obligation ou la convention qui lui donne naissance, présente un caractère immoral « ...est une question de fait, qu'aucune métaphysique universellement adoptée et aucune foi religieuse universellement reconnue, ne permettront plus aujourd'hui de faire de la morale une détermination absolue et rationnelle acceptée de tous, on est réduit à se contenter d'une détermination toute relative et expérimentale... la morale sera ce que la conscience moyenne de la nation considère comme telle » (1).

Dans un autre ordre d'idées, nous trouvons des conceptions très fortement imprégnées de subjectivisme chez MM. Planiol et Ripert, Ces auteurs déclarent, que le droit ne saurait en aucun cas sanctionner un acte juridique contraire à la morale, que ceci est un principe si évidemment nécessaire, qu'il se serait imposé même si les articles 1131 1133 C. civ. n'avaient pas existé (2), et à eux de se réjouir que les tribunaux aient su si heureusement utiliser la notion de cause pour frapper les visées immorales des parties contractantes (3). Où devra-t-on cependant s'arrêter dans cette recherche ? A la conception personnelle du juge ? Les auteurs ne vont pas jusque là ; c'est toujours l'opinion publique le critérium, mais entendue dans un sens autrement restreint que celui de M. Demogue : c'est sur « ...l'opinion des éléments sains de la po-

(1) R. SAVATIER, Des effets et de la sanction du devoir moral, *thèse Poitiers* 1916, p. 347-348.

(2) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, n° 225, p. 303.

(3) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VI, n° 18, p. 25.

pulation, gardiens d'une tradition ancienne » (1) qu'il faudra s'appuyer.

Que le chemin est long et sinueux de la conception rigide de Huc, en passant par celle excessivement large de M. Demogue, pour arriver à celle de MM. Planiol et Ripert. A y regarder de près, les auteurs que nous avons analysés, essayent sur des plans différents de dégager la notion de bonnes mœurs. Les uns veulent la trouver dans la construction strictement technique de la convention, d'autres, laissant délibérément de côté ces éléments, cherchent la clef dans la vie sociale, d'autres encore espèrent y arriver par les éléments de la convention mais au delà de ces éléments.

De ce point de vue, l'ouvrage si savant que M. Capitant a consacré à la théorie de la cause, nous semble comme un essai de conciliation, comme un essai de ramener toutes ces notions disparates à l'unité, les encadrant dans la théorie de la cause — la même théorie qui en fut le point de départ — mais rajeunie, épurée, éclaircie. Sans vouloir nous attarder sur les développements que cet auteur a consacrés à la cause, nous voudrions enregistrer son idée principale, qui consiste de ramener la cause et le motif à une unité et de donner la possibilité de rechercher toujours la clef des bonnes mœurs dans le cadre de la convention. M. Capitant arrive à ce résultat, en considérant cause le motif déterminant et faisant partie de l'accord contractuel, tandis que le motif est continuant, variable, propre à chaque partie, facteur de son consentement, mais extérieur au champ contractuel. A son avis « ...jamais les tribunaux n'ont commis la con-

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VI, n° 229, p. 310.

fusion qu'on leur reproche, jamais ils n'ont méconnu cette distinction traditionnelle et l'on pourrait au contraire, relever de nombreuses décisions, dans lesquelles elle se trouve affirmée. Autre chose est le motif, autre chose la fin poursuivie. Le motif est antérieur à l'accord des volontés, il reste, comme nous l'avons déjà vu plusieurs fois, dans le for intérieur de l'individu » (1).

17. Deux sont les textes du Code civil allemand qui d'une façon générale et principielle frappent de nullité les actes auxquels ils se réfèrent : les articles 134 et 138, 1. Il importe de les distinguer avec soin.

L'article 134 B.G.B. est conçu dans les termes suivants : « Un acte juridique qui se heurte à une prohibition légale est nul, à moins que le contraire ne résulte de la loi » ; et l'article 138, 1 B.G.B. a la teneur suivante : « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est nul. »

Au premier abord, on serait tenté de voir dans ces articles les deux tronçons qui réunis, forment en droit civil français l'article 6 ; il n'en est cependant rien, en ce qui concerne l'ordre public, du moins. Nous avons vu à propos de l'historique, le débat qui s'était livré quant à l'introduction de cette notion dans le Code civil allemand ; éliminé du texte qui devait devenir l'article 134 B. G. B., on l'a éliminé également de l'article 138, 1 B. G. B., en faisant valoir à juste titre, que ce principe était, somme toute, sous la protection des bonnes mœurs et que les actes qui auraient été considérés contraires à l'ordre public, pourraient tout aussi bien être considérés

(1) H. CAPITANT, De la cause dans les obligations, § 112, p. 245.

comme contraires aux bonnes mœurs et annulés comme tels. Cette question liquidée, quelle est la portée exacte de l'article 134 B.G.B. ?

La distinction d'avec l'article 138, 1 B.G.B. doit être faite quant au domaine d'application et quant aux sanctions. Quant au domaine d'application, celui de l'article 134 B.G.B. est à la fois plus large et plus restreint, que celui de l'article 138, 1 B.G.B. Plus restreint, dans le sens que la prohibition de l'article 134 B.G.B. est plus précise et ne vise que des actes nettement définis par un texte légal ; plus large, dans le sens que les prohibitions peuvent être prononcées sur la base des bonnes mœurs, tout aussi bien que sur d'autres. L'article 138, 1 B.G.B., édicte une norme d'ordre général, très large, où l'appréciation du juge, quant aux faits de l'espèce, peut se donner libre jeu et prendre en considération les circonstances les plus subtiles, disposition qui par ce fait même cependant, est susceptible d'être plus facilement déjoué ; l'article 134 B.G.B. au contraire, exige la spécialité de la prohibition et si en employant les termes « fait en violation d'une défense légale » au lieu de « fait en violation de la loi » il n'a pas entendu viser absolument les dispositions formelles et expresses de la loi, tout au moins exclut-il les interprétations vagues, sur ce qu'on pourrait considérer une prohibition légale (1). Le Code considère qu'il y a des actes qui sans hésitation et sans obliger le juge de se livrer à des interprétations stériles, peut-être dangereuses, doivent être frappés de nullité ; ces prohibitions légales se trouvent, soit dans le Code civil (2), soit dans le Code de commerce, dans le Code

(1) R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, § 134, p. 234.

(2) Articles 52, 384, 456, 457, 671, 795, 1240, 1309 B. G. B.

pénal, dans le Code de procédure ou dans de nombreuses et diverses lois (1).

Quel est donc le domaine des deux articles l'un par rapport à l'autre ? L'article 138, 1 B.G.B. est en quelque sorte le complément de l'article 134 B.G.B., en ce sens, qu'un acte juridique, qui à raison de son caractère trop peu accusé pourrait glisser entre les mèches de ce dernier, pourra être frappé par le premier. Prenons des exemples : la lésion, visée par des textes spéciaux, peut être frappée à la fois par les deux articles ; si elle tombe sous le coup de la loi contre l'usure, elle pourra être annulée en vertu également de la disposition plus générale de l'article 134 B.G.B. ; si elle ne présente pas un caractère usuraire, elle sera quand même frappée par l'article 138, 2 B.G.B., application à la matière de la lésion du principe général énoncé dans le premier alinéa. Il faut bien remarquer cependant, que dans ces cas on prononcera la nullité en vertu des deux articles à la fois, fait qui aura son importance comme nous le verrons tout à l'heure, quant à l'application de l'article 309 B.G.B. Autre exemple : en matière de fraude à une loi étrangère ; la loi étrangère n'intéresse pas l'article 134 B.G.B., qui ne s'applique qu'aux prohibitions de droit interne et dès lors une convention qui aurait pour but d'introduire en fraude d'une loi étrangère des marchandises en Allemagne, ne saurait tomber sous sa sanction ; ceci n'empêche pas cependant, que cette convention présente un caractère immoral en soi, et qu'elle tombe comme telle sous le coup de l'article 138, 1 B.G.B. ; c'est ce que les

(1) W. HÖFIG, Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot, *thèse*, p. 64-65.

tribunaux allemands ont jugé à maintes reprises (1).

Il y a, bien entendu, un domaine d'application propre à l'article 134 B.G.B. indépendamment des prohibitions basées sur le respect des bonnes mœurs : ce sont les actes prohibés pour toute autre raison que celle d'atteinte aux bonnes mœurs.

Quelles sont les conséquences de cette distinction ? D'abord au point de vue de l'appréciation : l'article 134 B.G.B. vise le contenu de la convention et si celle-ci objectivement est contraire à une prohibition, il y aura nullité (2) ; dans le cas de l'article 138, 1 B.G.B. on ne saurait se contenter d'une analyse aussi sommaire ; ici on prend en considération tout un complexe de circonstances allant, s'il le faut, jusqu'aux motifs des parties contractantes. Au point de vue de la sanction, ensuite : l'article 138, 1 B.G.B. annule dans tous les cas, l'article 134 B.G.B. seulement « si le contraire ne résulte de la loi », ce qui revient à dire qu'il y aura à tenir compte de tout un ensemble de catégories d'actes, considérés défavorablement par la loi, qui cependant peuvent ne pas comporter tous la nullité absolue, mais la nullité relative ou tout simplement l'obligation à réparation ; le critérium sera donné par l'échelle de termes prohibitifs employés par le Code civil allemand et qui ont, comme nous le savons, des significations bien déterminées.

La conséquence la plus importante, nous semble cependant exister quant à l'application des articles 307 et

(1) R. G., 16 avril 1912, Warn. Rspr. 12, n° 241, p. 356 ; — R. G., 2 décembre 1916, Gruch., 61, 460. — R. G., 21 octobre 1921, Warn. Rspr., 21, n° 136, p. 165. — R. G., 2 mai 1923, R. G. E., 107, p. 173.

(2) R. G. E., 111, p. 28.

309 B.G.B. Ce dernier déclare, qu'au cas d'une convention contraire à une prohibition légale, il y aura lieu de faire application de l'article 307, aux termes duquel celui qui connaît l'impossibilité d'une prestation au moment de la conclusion du contrat, est obligé à la réparation du dommage que l'autre partie subit, du fait de sa foi dans la validité de la convention. Cette disposition ne s'applique pas aux conventions contraires à l'article 138, 1 B.G.B. seulement, et on en tire argument, du fait que l'immoralité est censée connue par tout le monde, par les parties contractantes donc également (1). Argument très discutable, parce que l'immoralité peut être si peu connue par tout le monde, du moment que le Code civil allemand lui-même, dans son article 817, distingue deux hypothèses : l'une, où l'immoralité est connue par les deux parties, l'autre, où elle ne l'est que par l'une d'elles. La réponse est plus simple, elle est dans le texte même de l'article 309 B.G.B. qui ne parle que de prohibitions légales, ce qui est clair. On arrive ainsi à une distinction curieuse : s'agissant d'une nullité prononcée en vertu d'une prohibition légale, la partie qui avait agi de bonne foi aura de par la combinaison des articles 307, 309 et 817 B.G.B. le droit et à la restitution de la prestation et à la réparation du dommage subi ; si les deux parties sont de mauvaise foi, de par ces mêmes articles il n'y aura lieu ni à réparation, ni à répétition. Au contraire s'agissant d'un acte nul simplement en vertu de l'article 138, 1 B.G.B. les articles 307 et 309 ne sont plus applicables et il n'y aurait lieu qu'à recourir le cas échéant à l'ar-

(1) Le procédé technique rappelle celui qu'en droit français on emploie pour l'application de l'art. 1128, C. civ.

ticle 817, c'est-à-dire qu'il y aura suivant les cas, répétition ou non — à moins qu'on ne cherche le fondement de l'obligation à réparation ailleurs. Pour les actes dont la nullité est prononcée cumulativement en vertu des articles 134 et 138 il y aura bien entendu lieu d'appliquer les articles 307, 309 et 817 B.G.B.

Nous avouons que cette distinction quant aux conséquences des deux nullités nous semble malencontreuse ; pourquoi une nullité contraire à une prohibition légale serait-elle pourvue d'une sanction plus énergique et plus efficace, qu'une nullité prononcée pour atteinte aux bonnes mœurs ? Avec le système des auteurs précités, et en considérant qu'il y a une présomption que l'immoralité est connue par tout le monde, il y aurait un moyen de supprimer cette fâcheuse distinction : s'agissant d'une présomption, celle-ci est susceptible de preuve contraire et dès lors il n'y aurait plus d'obstacle à l'application des articles 307 et 309 B.G.B. Malheureusement, nous ne croyons pas que ces raisons puissent être admises, parce que premièrement, les présomptions sont de droit stricte et on ne trouve nulle part dans le Code une pareille présomption ; deuxièmement, c'est le texte même du Code qui ne parle que de « prohibitions légales », ce qui est très clair et exclut toute autre possibilité.

18. Ayant précisé la délimitation de l'article 138, 1 B.G.B. par rapport aux autres textes dont il importait de le différencier, il nous reste à nous attacher à son étude détaillée. Les questions que cet article nous pose, nous semblent les deux suivantes : I. quelle est la conception des bonnes mœurs ? C'est la question de fait, la question « matérielle » comme disent certains auteurs

allemands (1); II. dans quels éléments de la convention doit-on chercher l'atteinte aux bonnes mœurs ? C'est la question de délimitation, ou suivant les mêmes auteurs allemands la « question de droit ». Ces deux questions nous semblent dans une relation de dépendance et selon la réponse qu'on donnera à la première, on solutionnera la seconde.

En effet, la notion de bonnes mœurs a, dans le Code civil allemand, une signification unitaire, toujours la même ; suivant donc la conception qu'on en dégage de l'article 138, 1 B.G.B., en dépendront les applications et les conséquences qu'on en tire. Supposons que, comme d'aucuns le prétendent, on doive entendre par bonnes mœurs les usages ayant cours dans une société donnée, — mais la tâche du juge sera simple ! Il n'aura qu'à constater cet usage, voir si la convention y est conforme ou contraire suivant les cas et en tirer les conséquences au point de vue des articles 138, 817, 826 B.G.B. C'est un système objectif à souhait ! Au contraire, supposons que les bonnes mœurs impliquent un idéal de moralité, la tâche du juge et toute la physionomie de notre matière changent ; il s'agira pour le juge de déterminer cet idéal de moralité, ce qui implique un travail de pénétration infiniment plus nuancé et plus subtil, les applications de nos articles seront beaucoup plus des cas de détail, en un mot le côté subjectif devient autrement prépondérant.

En dehors de ces considérations d'ordre général, il y a encore une autre conséquence : au point de vue de la procédure, la première question est du domaine seule-

(1) JACOBI, *Recht, Sitte und Sittlichkeit*, dans *Iherings Jahrbücher*, 41, p. 103. — LOTMAR, *op. cit.*, p. 34.

ment du Tribunal civil et de la Cour d'Appel et il n'y aura pas lieu à recours en Cassation pour sa violation ; au contraire, la seconde ouvre un recours en Cassation et est sujette à son appréciation (1).

I

19. L'article 138, 1 B.G.B. parle d'atteinte portée aux « *gute Sitten* », dont le terme correspondant en droit français est « bonnes mœurs ». Qu'est-ce qu'il faut entendre par là ? La réponse est malaisée, à raison de la confusion qui règne dans la langue même, sur ce que signifient exactement les termes « *gute Sitten* », dont la traduction littérale donnerait en français plutôt « bons usages ».

Trois systèmes principaux ont été mis en avant, pour expliquer le sens de cette notion : le premier identifie les « *gute Sitten* » avec les usages admis effectivement en pratique ; le second voit en elle un idéal moral — sauf à s'entendre ce que l'on veut dire par là ; le troisième enfin éclectique, combine les usages avec la morale.

L'importance qu'on doit attribuer à ces développements, ressort de la différence qui existe entre la notion de *Sitte* et celle de *Sittlichkeit*, différence qui a été mise en relief et analysée par Ihering (2). Cet éminent savant est arrivé à l'aide de la linguistique (la part que Ihering fait à la linguistique et aux développements phonétiques dans l'étude du droit est connue) à faire la part de chacune de ces notions. La *Sitte*, dont

(1) R. G. 15 juin 1906, R. G. E., 63, p. 390.

(2) R. V. IHERING, *Der Zweck im Recht*, t. II, p. 28, 57, 256.

la traduction française est « usage », se différencie de la *Sittlichkeit* — en français « morale » — au moins par deux côtés : d'une part, la *Sittlichkeit* a une portée générale, absolue, tandis que la *Sitte* a un champ d'application restreint dans l'espace et dans le temps (1) ; d'autre part, le fait contraire à la *Sittlichkeit* se trouve par rapport à un fait contraire à la *Sitte*, dans la même situation par exemple, qu'un fait contraire au droit, par rapport à un fait contraire à une prescription de police : la *Sitte* peut cependant dans certains cas servir de support à la *Sittlichkeit*.

C'est dans le but d'expliquer ces deux notions et de faire prévaloir l'une ou l'autre, qu'on a imaginé les systèmes que nous avons indiqués plus haut.

Et d'abord, celui qui identifie les bonnes mœurs avec les usages admis en pratique. Les auteurs qui en sont les partisans et qui se sont visiblement inspirés de l'école sociologique, estiment qu'il faut prendre le mot « *Sitte* » dans son sens littéral et entendre par bonnes mœurs tout simplement les usages, les bons usages, ceux qui sont effectivement appliqués dans la vie courante. Trois sont les auteurs qui représentent cette opinion : Hölder, Leonhard et Endemann. Pour le premier, un acte est contraire aux bonnes mœurs si son existence est contraire à un usage, portant le qualificatif de bon usage, « il ne suffit pas d'une atteinte portée à la morale, mais il faut une atteinte à un usage pratiqué (2) ». Et qu'est-ce qu'il faut entendre par bon usage ? C'est celui, dit l'auteur, dont l'observation

(1) *Ibid.*, t. II, p. 61, 265.

(2) HÖLDER, Kommentar zum allgemeinen Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, t. I, p. 304. — D. J. Z., 1908, p. 47.

est imposée du fait de son importance pour la vie de la collectivité, donc principalement du fait de sa généralité, mais à raison aussi d'autres circonstances, qui restent à l'appréciation du juge (1).

Leonhard s'exprime à peu près dans le même sens. Il commence par constater, qu'étant donnée la grande obscurité qui règne quant à la notion de l'usage et ses rapports avec le droit et la morale, il n'est pas étonnant que la prescription de l'article 138, 1 B.G.B., prête à discussion et quant à son but et quant à son contenu (2). Il semblerait au premier abord, que le droit se soit mis ici au service de l'usage, ce qui n'est pas tout à fait exact, parce que au moins ne vise-t-il que les bons usages. « Ceux-ci ne sont nullement identiques avec les préceptes de la morale. » (3), et dès lors l'état « ne saurait frapper l'acte immoral, mais seulement l'acte qui pourrait périlcliter l'existence d'un bon usage » (4).

Enfin Endemann estime qu'à défaut d'une disposition morale détaillée et objective il y a lieu de se contenter d'un succédané et de considérer comme conforme aux bonnes mœurs ce qui est conforme aux bons usages. C'est à ceux-ci et non pas à des préceptes moraux que renvoie la loi, parceque ce qui constitue le contenu de la morale dans le domaine des transactions juridiques, ce sont les usages de la nation (5).

(1) HÖLDER, *op. cit.*, p. 305.

(2) LEONHARD, *Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, p. 372.

(3) LEONHARD, *op. cit.*, p. 373.

(4) LEONHARD, *op. cit.*, p. 375. — Cf. dans le même sens Fischer-Henle, Anmerk. 1 zu § 138.

(5) ENDEMANN, *Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches*, t. I, § 103, p. 435.

On chercherait en vain chez ces auteurs une argumentation de leur point de vue ; il n'y en a pas. Tout au plus se fondent-ils sur le fait que la loi emploie le terme de *Sille*. Mais toute argumentation spécifiquement juridique fait défaut. Aussi n'éprouverons-nous nullement une grande peine à combattre cette théorie.

20. Une conception diamétralement opposée est soutenue par un certain nombre d'auteurs, parmi lesquels il faut ranger Jacobi, Staudinger, Kuhlenbeck, Oertmann, Steinbach, Enneccerus, Kipp, Wolff... A leurs yeux l'article 138, 1 B.G.B., est le rempart de la morale. Pour Jacobi « le juge doit tenir compte de la morale pratiquée et reconnue dans son pays et dans sa nation » (1) et « le paragraphe 138, 1 déclare nuls les actes juridiques contraires à la morale, avec l'indication qu'à côté du contenu il y a lieu de tenir compte également des motifs des parties » (2). Staudinger déclare que « par l'expression de bonnes mœurs la loi ne se réfère pas aux usages, qui quoique avec la morale dans un rapport générique, sont indifférents au point de vue éthique, mais à la conception éthique de la morale » (3), — et Oertmann à son tour : « ce qu'on entend par là, c'est le mot « bon » devant usage. Il s'agit ici d'une mauvaise traduction de l'expression latine *contra bonos mores*... il faut dès lors une atteinte contre la morale » (4). Dans le même sens s'expriment Enneccerus, Kipp et Wolff : « L'opinion générale est que

(1) JACOBI, *op. cit.*, p. 104.

(2) *Ibid.*, p. 109.

(3) STAUDINGER, *op. cit.*, art. 138, p. 572.

(4) OERTMANN, *op. cit.*, § 138, B. p. 485.

par bonnes mœurs il ne faut pas entendre les usages de la vie courante, mais la morale et l'expression si souvent employée par le Reichsgericht de sentiment de convenance, n'est autre chose que le sentiment moral (1). » Kuhlenbeck (2), Steinbach (3) et Vogel (4) dans sa remarquable thèse, ne tiennent guère un autre langage.

En face de ces deux théories, plutôt entre elles, en essayant une conciliation, probablement dans le but de sauver le caractère objectif du Code civil allemand, se dresse une troisième théorie, à la vérité très ingénieuse et très séduisante, exacte même par certains de ses côtés, mais qui serrée de plus près, ne résiste pas aux critiques qu'on lui adresse. Un certain nombre d'auteurs, parmi les plus remarquables, tels le célèbre commentateur Planck, Kosack (5), Busch et ses collaborateurs, Dick — et parmi les français M. Saleilles, admirateur de tout ce qu'il considérait innovation dans le Code civil allemand et protagoniste infatigable et brillant de l'objectivisme, — se rallient à cette position intermédiaire. Il s'agit dans l'esprit de ces auteurs bien encore d'un idéal moral, celui-ci cependant ne doit pas être recherché dans un système purement théorique, mais dans les mœurs admis par la conscience publique. A la différence de la seconde théorie, celle-ci exclut la morale idéale théorique ; à la différence de la première

(1) ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *op. cit.*, § 178, p. 479, note.

(2) KUHLNBECK, Von den Pandekten zum B. G. B., t. I, p. 30.

(3) STEINBACH, Recht, Sitte und Sittlichkeit, dans D. J. Z., 1899, p. 40.

(4) VOGEL, Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts nach § 138, Abs. 1. B. G. B., *thèse*, p. 14.

(5) *op. cit.*, t. I, p. 58.

elle cherche ses directives non pas dans les usages admis effectivement, mais dans la conscience commune ; c'est la conception que l'on se fait de l'honnêteté et non pas la façon dont on la pratique, qui constituera les bonnes mœurs. Écoutons ces auteurs : Planck déclare qu'on exige une atteinte aux bonnes mœurs et non pas à la moralité. Par ceci on veut dire, qu'il faut se référer à la conscience publique correspondante (dans le temps et dans le lieu) et non pas à telle ou telle conception théorique sur la morale (1) ; Dick dans son étude sur *Der Verstoss gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis* (2) estime que « sont contraires aux bonnes mœurs les actes qui portent atteinte à un précepte moral conforme à la conception du peuple allemand et de tous ceux qui pensent d'une façon équitable et juste, atteinte qui, par surcroît, soit contraire à l'intérêt de la collectivité » ; — et dans le commentaire de Busch (3) on trouve, en invoquant à l'appui même quelques espèces de jurisprudence, chose assez rare d'ailleurs chez les auteurs allemands, que « l'étalon des bonnes mœurs dans le sens de la loi n'est pas un usage déterminé, une conception qui règne dans certains cercles, mais le sentiment commun du peuple et de tous ceux qui pensent d'une façon juste et équitable ». La même opinion est partagée par M. Saleilles, qui avec une clarté, une précision et une vigueur bien françaises, résume la conception dans les termes suivants : « En résumé, l'article 138 en faisant des bonnes

(1) PLANCK, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, t. I, p. 190.

(2) Arch. f. bürgerl. Recht, t. 33, p. 105.

(3) T. I, § 138, p. 214.

mœurs le seul critérium de moralité des actes juridiques, a entendu imposer au juge une base d'appréciation purement expérimentale et non théorique. Il s'agit d'un procédé de constatation pratique en dehors de toute conception juridique et de toute déduction purement logique tirée des principes. Cette constatation doit porter non pas à proprement parler sur les usages qui ont cours, mais sur ceux qui d'après les postulats de la moralité publique, telle qu'elle est acceptée d'une façon générale devraient avoir cours (1). » Suivant une expression récente, les bonnes mœurs seraient donc un standard juridique.

21. Que faut-il penser de ces systèmes ? Le premier est à rejeter d'emblée et sans l'ombre d'une hésitation. On conçoit facilement qu'un code renvoie pour certaines matières aux usages courants et le Code civil allemand le fait — tout en employant d'autres expressions que celles de *gute Sitten* ; mais on ne saurait concevoir une législation, si objective et socialisante soit-elle, qui de notre temps puisse se dispenser d'une règle morale, qui puisse soumettre une règle juridique d'ordre public aux fluctuations incessantes des usages ayant cours. Un code est bien dans une grande partie le miroir de l'évolution d'une société à un moment donné, mais un code a aussi pour mission de plier et d'adapter la vie pratique sous le commandement d'une conception que l'on a cru à un certain moment indispensable et salutaire. On ne saurait du point de vue principal admettre le contraire.

(1) R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, § 138, p. 281-282.

De plus, la jurisprudence s'est nettement prononcée contre cette théorie et nombreux sont les arrêts qui condamnent la conception des bonnes mœurs — usages (1). Un exemple saisissant nous est fourni en matière du *pactum quota litis* ; cette convention consiste d'attribuer au représentant de la partie dans l'instance, en dehors des honoraires convenus, un tant pour cent de la somme litigieuse. Connue déjà aux temps des Romains et quoique considérée comme étant contraire aux règles de la profession (2), elle a été pratiquée constamment depuis un peu partout et en Allemagne les *Landesgerichte* et même les *Oberlandesgerichte* (3), livrent une bataille serrée contre la jurisprudence du *Reichsgericht*, qui déclare ces conventions nulles, comme contraires aux bonnes mœurs (4).

Le troisième système qui cumule en quelque sorte les usages et la morale ne saurait avoir à notre sens aucune raison d'exister, au moins comme principe général. Il nous semble reposer sur une confusion. En effet, dire que le juge est obligé de se guider non d'après les usages, mais d'après ce que l'opinion publique considère là morale, c'est diminuer singulièrement le ca-

(1) R. G. 11 avril 1901, R. G. E., 48, p. 124 : « ... il ne faut pas confondre les bonnes mœurs avec la pratique des affaires, qui peut constituer en soi de bons ou de mauvais usages... » — R. G. E., 55, p. 373 : « ... une basse façon d'agir ou de penser reste toujours un mauvais usage, même si elle est dominante dans de nombreuses couches de la population... » — J. W. 1906, p. 60 : « ... un usage effectivement pratiqué est à rejeter, s'il est contraire à un précepte de la morale... »

(2) L. 7, Dig. XVII, 1.

(3) L. G. Breslau 27 septembre 1929, J. W. 1930, p. 206.

(4) R. G. E., 111, p. 36. — Surtout R. G., 17 septembre 1926, R. G. E., 115, p. 141, espèce dans laquelle le *pactum quota litis* avait été validé par l'Oberlandesgericht de Nuremberg.

ractère objectif de son investigation ; il ne prend plus en considération des faits, mais il se guide d'après des sentiments, des croyances, ressentis par d'autres, donc d'éléments à un second degré ; et lui à son tour, doit dépister la règle à appliquer, par un procédé d'abstraction. Peut-on vraiment dire, dans un cas comme celui-ci, où l'appréciation des faits est exercée par plusieurs couches successives, qu'il s'agit encore d'une appréciation objective ? Le système peut être très ingénieux et séduisant en théorie, mais nous craignons fortement qu'en pratique on n'arrive tout simplement à lui substituer la conception personnelle du juge. Et en fait, en allant au fond des choses, cette conception personnelle du juge, sera-t-elle différente de celle de la conscience publique ; le juge est-il un être qui ne fait pas partie de la collectivité, qui n'a pas les mêmes opinions, les mêmes habitudes, les mêmes défauts et les mêmes préjugés, un être au-dessus des contingences humaines ? C'est une distinction bien subtile, que celle entre l'opinion du juge et la conscience publique et qui ne nous semble reposer sur aucune réalité.

Les auteurs qui défendent cette théorie invoquent avec prédilection l'arrêt de principe du 11 avril 1901 (1), dont ils reproduisent le passage suivant : « Le critérium des bonnes mœurs doit être cherché par le juge dans la conscience collective, le sentiment de convenance de tous ceux, qui pensent d'une façon juste et équitable... » (2). Considérons de plus près cet arrêt et essayons d'en tirer des enseignements exacts. Il s'agis-

(1) R. G. E., 48, p. 114.

(2) *Ibid.*, p. 124.

sait en l'espèce d'une compagnie de navigation, qui étant liée par convention à une autre compagnie de navigation, quant à l'application d'un tarif minimum et qui, voulant étendre son rayon de navigation à un endroit non visé par la convention (Brisbane), avait menacé une maison de transport, d'exclure de son tarif minimum toutes les entreprises de production, qui feraient transporter des marchandises à Brisbane, par un autre groupe de navigation que le sien ; la maison de transport lui intente un procès sur la base de l'article 826 B.G.B. Cet article était-il applicable ? *Le Reichsgericht* affirme que oui, en se fondant en essence sur les considérations suivantes : au point de vue du droit d'abord, l'article 826 B.G.B., joue un rôle complémentaire et général par rapport aux lois spéciales relatives à la concurrence déloyale, qui n'arrivent pas toujours à frapper tous les cas qui sont susceptibles de se présenter en pratique ; au point de vue des faits ensuite, les agissements du défenseur tombent bien sous le coup de l'article 826 B.G.B.

Que faut-il penser de cet arrêt ? En premier lieu, c'est un arrêt assez vieux. Ensuite, le raisonnement de ceux qui l'invoquent nous semble douteux d'un double point de vue : d'abord, les auteurs omettent de donner la suite de la phrase qu'ils invoquent avec tant de complaisance et qui a la teneur suivante. » ...Il est très admissible de prendre en considération dans certaines circonstances la conception morale d'un milieu social déterminé, en l'occurrence celle qu'un homme d'affaires honorable se fait de son commerce (1). » Cette deuxième

(1) *Ibid.*, p. 124-125.

partie de notre citation nous semble enlever considérablement de la valeur qu'on attribue volontiers à la première partie. Celle-ci, prise à elle toute seule, aurait permis de considérer en règle générale, que les bonnes mœurs sont celles que la conscience publique honnête et équitable considère comme telles ; notre addition y apporte cependant une restriction assez importante, pour lui enlever ce caractère de règle générale : on pourra prendre en considération la conception que la conscience publique se fait au sujet de la moralité de certains actes, toutes les fois qu'il s'agit d'un milieu social bien déterminé, auquel doivent appartenir les deux parties, ayant ses usages et ses pratiques. C'est la consécration de la distinction dont nous allons parler plus bas, à savoir que la théorie est exacte quand il s'agit d'un litige intervenu entre des parties appartenant à une profession bien déterminée et que l'objet de la convention est en rapport avec la profession.

Au point de vue du droit, l'application de l'article 826 B.G.B. à cette espèce nous semble très contestable et les considérants du *Reichsgericht* sont en vérité assez embarrassés ; si le défendeur a été condamné, ce n'est pas tant en vertu de cet article, qu'en vertu des dispositions spéciales sur la concurrence déloyale et surtout en vertu du fait de n'avoir pas respecté l'obligation de contracter qui — à l'instar des règles des « common Carriers » en droit anglo-saxon et des règles des entrepreneurs publics en droit franco-belge — existe également en Allemagne.

Que la conscience publique et la bonne foi dans les affaires ne puissent donner le critérium des bonnes mœurs, ceci résulte de l'arrêt suivant : une personne

s'était engagée à conduire une entreprise automobile, activité pour laquelle elle ne recevait aucun appointement ; elle participait aux bénéfices, mais ne pouvait en disposer que jusqu'à concurrence de 3.600-4.000 M. suivant les cas, par an, le surplus devant l'être placé par lui dans l'entreprise. En garantie de l'accomplissement de ses engagements, elle avait dû consigner une somme de 10.000 M. et en outre sa part de bénéfices revenait à l'entreprise, si elle avait contrevenu à l'une quelconque de ses obligations. Le *Reichsgericht* prononce la nullité de la convention pour atteinte aux bonnes mœurs, considérant que « les droits découlant pour l'entreprise automobile de la convention, ne pouvaient trouver des atténuations suffisantes dans les principes de la bonne foi et de la loyauté dans les affaires (1) ».

En réalité il faut faire une distinction quant à déterminer le champ d'application de cette théorie ; il y a certaines espèces dans lesquelles, pour déterminer le critérium des bonnes mœurs, on renvoie à la conception que les personnes appartenant à une profession, se font des usages qui y sont pratiqués ; ceci seulement pour les litiges entre personnes appartenant à la même profession et à propos d'un objet qui relève de la même profession (2).

Encore n'est-il pas toujours ainsi, et la règle morale est obligée d'intervenir et de corriger parfois ces pratiques. Ainsi par exemple dans une espèce où il s'agissait de savoir, si la convention par laquelle le patron d'un débit de boissons s'obligeait, moyennant un emprunt

(1) R. G., 27 avril 1917, R. G. E., 90, p. 181.

(2) R. G. E., 80, p. 221. — R. G. E., 104, p. 327.

accordé par un brasseur, de faire sa provision de bière pendant cinq ans chez ledit brasseur, serait nulle, — le Reichgericht déclare, que le fait que ces conventions sont fréquentes et considérées valables dans le milieu et entre les personnes y appartenant, ne suffit pas pour constituer un critérium des bonnes mœurs ; qu'il faut tenir compte des circonstances propres à chaque espèce, surtout du but et des motifs des parties (1).

Il en est de même en ce qui concerne les ventes de clientèle entre dentistes ; celles-ci en principe sont nulles, étant donné que « la clientèle d'un dentiste repose sur la confiance que celui-ci inspire au public (2) ». La vente cependant, d'après la jurisprudence est nulle seulement au cas, où « la confiance est exploitée dans le but d'un gain et au cas où le médecin acheteur y est amené sous la pression des nécessités économiques et que par conséquent dans l'exercice de sa profession il aura principalement et uniquement en vue la réalisation d'un gain considérable (3) ».

La convention par laquelle un père dentiste cède moyennant une somme modique sa clientèle à son fils également dentiste, n'est pas nulle au sens de cette jurisprudence (4).

22. Nous n'adopterons ni l'un ni l'autre de ces sys-

(1) R. G., 15 juin 1906, R. G. E., 63, p. 390. — R. G., 3 juin 1930, J. W. 1930, p. 3471.

(2) R. G., 12 janvier 1911, R. G. E., 75, p. 120. C'est de même en droit français. Cf. S. 1925, II, 9, note de M. E-H. Perreau.

(3) R. G. E., 75, p. 121-122. — R. G., 16 octobre 1908, Rep. II, 137/08.

(4) R. G., 4 octobre 1909, Rep. IV, 662/08. — R. G., 29 octobre 1926, R. G. E., 115, p. 172.

tèmes. A notre avis l'article 138, I B.G.B. vise la morale. Trois ordres d'arguments nous semblent militer en faveur de cette thèse : l'éthymologie, les articles 138, 2-817 et 826 B.G.B, et la jurisprudence.

Il ne faut pas s'étonner de ce que dans une argumentation juridique, on soit obligé de faire état d'un argument d'ordre éthymologique ; il est à peine besoin d'insister sur l'importance que d'une façon générale revêt la terminologie du Code civil allemand ; sa langue est soigneusement recherchée et dosée, certaines expressions qui dans le langage courant visent des situations à peine distinctes, sont susceptibles dans le langage juridique du Code de nuances infinies (1) ; enfin l'influence du droit romain et de sa terminologie est indéniable et malgré tous les efforts que les Allemands ont fait au lendemain de leur unité nationale, dans le domaine juridique comme aussi dans d'autres domaines, en vue de purifier leur langage, — en créant au besoin, de toutes pièces des expressions à consonnance germanique, — les traductions des expressions étrangères, surtout latines, ne font pas défaut.

Nous en avons un exemple dans notre matière des bonnes mœurs. La langue allemande s'enorgueillit en cette matière d'une performance qui n'a été réalisée par aucune autre langue civilisée et qui, aux dires de Ihering constitue une preuve de l'intensité du sentiment éthique chez la race germanique (2). Les langues primitives ne distinguaient pas le droit, de la morale et des convenances ; et l'expression hindou, de « *dharme* », et l'expression hébraïque de « *micheprat* », et l'expression

(1) PLANK, *op. cit.*, t. I, p. 22-30.

(2) R. v. IHERING, *Der Zweck im Recht*, t. II, p. 26 et suiv.

hellénique de « *δίκη* », englobaient les trois notions à la fois. Le monde romain avait réalisé un progrès : il différenciait le droit des usages et de la morale, le droit — *jus*, les usages et la morale — *mores*. Encore cette distinction n'est-elle pas toujours très nettement accusée, parce que *mores* signifiaient également souvent droit coutumier. Pour désigner d'une façon plus précise la morale, les jurisconsultes romains se servaient de l'expression « *bonimores* », l'immoralité étant « *contra bonos mores* ». Ce sont ces expressions mêmes, qui ont passé dans le langage juridique des peuples latins.

La langue allemande distingue l'usage — « *Sittle* » de la morale — « *Sittlichkeit* ». Dès lors, comment expliquer que l'article 138, 1 B.G.B. emploie les termes « *gute Sitten* » — bons usages et non pas « *Sittlichkeit* » — morale ? L'explication se trouve dans la réception du droit romain ; le droit commun allemand employait l'expression « *contra bonos mores* », pour indiquer les atteintes aux bonnes mœurs. Tous les Pandectistes sont d'accord sur ce point (1). Cette expression a été traduite littéralement et a acquis droit de cité dans le langage juridique allemand — à la suite de la Réception — et elle y a donné « *gegen die guten Sitten* ». La langue allemande a évolué depuis, l'expression de « *Sittlichkeit* » s'y est répandue, le langage juridique cependant, sous l'influence écrasante du droit romain, n'a pas suivi l'évolution ; quelques législations particularistes seulement, telle le droit du pays de Bade et du royaume de Saxe, ont consacré le terme de « *Sittlichkeit* » (2).

(1) DERNBURG, Pandekten, t. II, p. 48. — REGELSBERGER, *op. cit.*, t. I, p. 540. — WINDSCHEID, *op. cit.*, t. II, p. 265.

(2) VOGEL, *op. cit.*, p. 18.

Comment expliquer cependant, que les rédacteurs du Code civil allemand aient omis de faire la rectification nécessaire ? On avait proposé en effet, de remplacer l'expression « *gegen die guten Sitten* » par celle de « *gegen die Sitlichkeit* » (1) ; cette proposition avait été rejetée et si l'on se reporte aux travaux préparatoires et à l'esprit qui dominait les rédacteurs du Second Projet, on en saisit facilement les raisons : les rédacteurs voulaient faire, surtout par réaction contre les exagérations du Premier Projet, œuvre pratique et s'étaient donné comme mot d'ordre, de bannir du Code tout ce qui pourrait revêtir un caractère abstrait. Or, tout comme ils ont rejeté la notion d'ordre public à raison précisément de son caractère par trop abstrait et imprécis, ils ont préféré l'expression « *gute Sitten* » au passé respectable et autrement concrète, à celle de « *Sitlichkeit* » formule d'école et théorique et qui par surcroît pouvait occasionner la réouverture du débat épineux et redouté, sur les rapports du droit et de la morale (2).

Chaque fois que le Code civil allemand vise les usages ou les convenances, il emploie un autre mot que celui de « *Sitte* », ou du moins combiné, modifié. Nombreux sont les articles dans lesquels le B.G.B. renvoie aux usages courants dans les affaires (3), qu'il appelle « *Verkehrssitte* », ou aux convenances qu'il appelle « *Anstand* ».

Un second argument en faveur de notre thèse nous croyons pouvoir le tirer du contexte même du Code civil

(1) Protokolle, t. I, p. 124.

(2) M., t. I, p. 211.

(3) Articles 151, 157, 242 en matière d'obligations ; 1631, 1666, en matière de famille ; 534, 1446, 1641, 1804, 2330 en matière de donations.

allemand ; il ressort des articles 817, 826 et 138, 2. Le premier vise le cas, où le bénéficiaire d'une prestation est obligé à restitution, si par son acceptation il s'est mis en opposition avec une défense légale ou avec les bonnes mœurs ; cette restitution est exclue si l'immoralité est également imputable à la partie qui fournit la prestation. D'une part, il y a entre les article 817 et 138 B.G.B. un rapport étroit, d'autre part toute l'histoire du Code civil allemand nous démontre que la notion des bonnes mœurs y est unitaire. Or, parla contravention aux bonnes mœurs, dont parle l'article 817 B.G.B. on n'entend ni une contravention aux usages, ni une contravention à la conception qu'on se fait de la morale, mais tout simplement une opposition à la morale ; et ceci est si vrai que les travaux préparatoires (1) et le *Reichsgericht* dans un arrêt récent (2), exigent que l'accipiens soit conscient de la violation d'une prescription légale ou de la morale. Il est certain d'autre part, que les deux phrases de cet article 817 B.G.B. visent, l'une la *condictio ob turpem vel injustam causam*, la seconde la maxime *In pari causa turpitudinis*. Dans les deux cas l'expression de turpitude est synonyme d'immorale.

On peut tirer le même argument de l'art. 826 B.G.B., qui exige également une infraction à la morale (3).

La preuve la plus péremptoire nous semble ressortir cependant de l'art. 138, 2 B.G.B., relatif à la lésion ; il résulte du texte de la loi, que la protection contre la lésion est considérée comme une application du principe

(1) M., t. II, p. 849.

(2) R. G. E., 95, p. 347.

(3) Warn. Rspr. 1911, n° 79.

général sur le respect des bonnes mœurs (1) ; or, ce n'est pas contraire aux usages, ni aux conceptions que l'on se fait sur la morale, que d'exploiter la détresse et l'inexpérience d'autrui, mais c'est à coup sûr un acte contraire à la morale. Donner la lésion comme exemple d'un acte contraire aux bonnes mœurs, voilà il nous semble, une preuve suffisante qu'on entend par là la morale.

Nous pouvons enfin en troisième lieu, tirer parti de la jurisprudence. Dans la très grande majorité des espèces qui mettent en jeu la notion de bonnes mœurs, celles-ci sont identifiées à la morale. Que l'on prononce la nullité de la convention ou qu'on maintienne sa validité, c'est la règle morale qu'on invoque, ni les usages, ni la conscience publique et si des fois le *Reichsgericht* emploie encore, en vertu de nous ne savons quel principe d'inertie la formule « la conception de tous ceux qui pensent d'une façon juste et équitable », ce n'est en réalité qu'à la règle morale qu'il fait allusion (2). Ainsi dans l'espèce précitée du 15 juin 1906 (3) le *Reichsgericht* déclare qu'il n'y a pas lieu d'invoquer l'art 138, I B.G.B. Pourquoi ? Parce que « par le fait d'avoir fourni au débitant qui jusqu'alors avait été gargon de café, les moyens de se créer une situation indépendante, le brasseur a accompli un acte louable au point de vue moral et économique, d'autant plus qu'il n'y a pas lieu de tenir compte seulement du risque attaché à l'octroi du crédit, mais que le brasseur, qui n'est

(1) Le *Reichsgericht* dans un arrêt du 23 janvier 1926, R. G. E., 112, p. 361 s'exprime à cet égard de la façon suivante : « Le *Oberlandesgericht* avait tort de ne pas considérer l'acte lésionnaire, art. 138, 2 B.G.B comme un cas spécial de l'acte immoral en général ».

(2) Warn, Rspr. 1912, n° 541, p. 61. — R. G. E., 105, p. 245.

(3) R. G. E., 63, p. 390. Cf. *supra*.

pas un emprunteur professionnel, avait soustrait ladite somme à son capital d'investigation » (1). On retrouve la même idée dans un arrêt du 25 novembre 1911 (2) ; il s'agissait en l'espèce, de prononcer la nullité d'une défense imposée par le vendeur d'un immeuble à l'acheteur, aux termes de laquelle, ce dernier, ne pouvait revendre cet immeuble à une personne de nationalité autre que polonaise, et ceci en vue d'empêcher que cet immeuble ne tombât entre les mains de la commission de colonisation qui à cette époque là, opérait en Prusse orientale. Le vendeur, un polonais, était évidemment mû par un sentiment patriotique et national. Le *Reichsgericht* dit que, quoique en contradiction avec le sentiment national allemand, la clause ne peut être attaquée du chef de l'immoralité pour le motif que « la conduite du plaideur ne peut être nullement considérée comme immorale ou illícite, parce qu'il s'agit chez lui, polonais, d'un idéal » (3). A la vérité on ne pouvait pas toucher à cette clause comme étant contraire aux bonnes mœurs, mais on aurait pu la faire tomber par le truchement des lois de colonisation de 1886 et 1898 combinées avec l'art. 134 B.G.B. La même idée est exprimée dans l'arrêt du 26 juin 1922 (4) où il est dit que « la convention par laquelle quelqu'un s'obligerait de rompre la promesse de fiançailles, serait contraire à tout ce que pensent les personnes justes et équitables » (5). Encore ces termes dont certains font

(1) *Ibid.*, p. 392-393.

(2) R. G. E., 77, p. 419.

(3) *Ibid.*, p. 423.

(4) R. G. E., 105, p. 245.

(5) Cf. dans le même sens R. G., 29 janvier 1926, R. G. E., 113, p. 5. — R. G., 30 septembre 1926, R. G. E., 114, p. 338. — R. G.,

si grand état, et qui au fond n'expriment autre chose, que notre règle morale. Est-il besoin d'aller chercher à grands renforts de dialectique les théories les plus subtiles, sous couvert d'adapter les règles juridiques à un nouvel état de choses, quand en réalité il ne s'agit pas d'autre chose, que toujours de cette vieille règle morale « qui depuis des siècles de christianisme régit les âmes des peuples européens » (1), et qui, respectée soit par foi religieuse, soit plus souvent par tradition, n'en règle pas moins les relations des hommes.

II

Après la question de conception, la question de délimitation. On entend par là, la recherche et la détermination des éléments qui doivent être entachés d'immoralité, pour rendre la convention qui en résulte immorale et donc inefficace. Est-ce dans le contenu de la déclaration de volonté, est-ce en dehors de ce contenu, que nous devons exercer nos investigations ? Nous disions plus haut, que la solution de la question de conception pourrait nous servir, à cet égard, comme point de départ. En effet, ayant admis en matière de conception qu'il s'agit là d'un idéal moral, nous devons admettre que alors quand il s'agit de le dé-

16 mai 1925, Warn. Jrb. d. Entsch. 1926, § 138, n° 17. — R. G., 2 novembre 1926, Warn. Jrb. d. Entsch. 1927, § 138, n° 23. — R. G., 9 février 1928, Warn. Jrb. d. Entsch. 1928, § 138, n° 1, où il est dit notamment que pour déterminer les bonnes mœurs, il ne faut pas se guider d'après les conceptions que l'on se faisait pendant et après la guerre sur les notions de morale, équité et honneur.

(1) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 2.

gager, il faut pouvoir le dégager d'éléments qui soient propres de le contenir, à savoir d'éléments faisant essentiellement partie du for intérieur des individus, des mobiles. C'est sur ce problème qu'on a versé tant d'encre : les bonnes mœurs doivent-elles être appréciées d'une façon objective ou subjective ? Considérer les bonnes mœurs du point de vue subjectif, c'est tenir compte de l'ensemble des éléments matériels et psychologiques qui collaborent lors de la naissance d'une convention ; être objectif, c'est prendre en considération seulement les éléments matériels, extérieurs, pour parler un langage plus technique, le contenu de la déclaration de volonté s'il s'agit du droit allemand, — rester dans les limites de la cause s'il s'agit du droit français.

Nous avons vu dans notre Section I, comment le problème se pose par rapport à la théorie générale de la déclaration de volonté ; nous sommes arrivés à la conclusion que, telle que le Code civil allemand a adopté et organisé cette théorie, elle ne saurait s'opposer à une appréciation subjective des bonnes mœurs. Ce fait acquis, poursuivons nos développements et raisonnons dans le cadre même de l'article 138, 1 BGB.

28. Le P. 1 se tenait aux conséquences strictement rigoureuses du principe de la déclaration de volonté : dans son article 106 il exigeait, pour qu'il y eut nullité pour immoralité, que celle-ci résultât du contenu de l'acte. C'était presque admettre la théorie française de la cause. De son côté l'article 344 P. 1, visait tout spécialement le contrat qu'il déclarait nul, si ses prestations étaient contraires aux bonnes mœurs.

Cette théorie, dont les rédacteurs du P. 1 s'enorgueillis-

saient à juste titre et la présentaient comme un exemple du rigorisme logique de l'esprit allemand, l'était assurément ; elle l'était même au point, qu'elle prêtait le flanc à de nombreuses et très importantes critiques. En premier lieu, considérant seulement le contenu, tout le contenu, comprît-il au besoin la cause, le motif ou la condition, étant donné que ce contenu était seulement ce que les parties voulaient qu'il fût, on risquait de laisser échapper entre les mâchoires des bonnes mœurs toute une série d'actes : les actes abstraits. On appelle d'une façon générale acte abstrait, un acte juridique détaché de sa cause et ayant une valeur en soi-même. Dès lors, comment frapper avec la théorie du contenu cette catégorie d'actes ? Parce que le P. 1 avait bien adopté l'une des faces de la théorie de la cause — les limites apportées aux pouvoirs d'investigation du juge — mais il n'avait pas tiré l'autre conséquence de cette théorie de la cause, l'exclusion de l'acte abstrait. Bien au contraire, il l'avait organisé d'une façon minutieuse et le considérait comme une conquête de la science juridique allemande. De sorte que, s'agissant d'une promesse abstraite, si cette promesse était donnée dans un but illicite, ce but n'apparaissant par définition même dans cet acte juridique, il n'y avait pas de moyen technique à la disposition du juge pour le frapper.

En second lieu, le P. 1 avait délimité le champ d'investigation du juge de la façon la plus rigoureuse et la plus précise ; tout élément de la volonté réelle était exclu de l'appréciation, s'il avait été laissé en dehors du contenu de la déclaration. Nombreux étaient les Commissaires qui avaient trouvé cette délimitation trop rigoureuse, partant grossière et insuffisante ; l'admission seulement de l'illicéité du contenu, considéré d'un point de vue pure-

ment objectif, leur apparaissait — quoique en conformité avec les traditions et toute la construction logique du Code — comme insoutenable. On se rendait compte, que cette matière était toute de finesses et de nuances et on exigea à cet effet une formule autrement compréhensible et souple. La seconde commission s'engagea dans cette voie, laissa tomber l'idée du contenu et abandonnant par là même la conséquence logique du système de la déclaration, adopta la formule très large d' « acte qui porte atteinte aux bonnes mœurs ». La théorie de la cause de son côté, n'ayant pas été restaurée, le juge pourra-t-il désormais conclure au caractère immoral, en tenant compte de l'ensemble des éléments faisant partie de l'acte juridique ? Pourra-t-il d'autre part frapper l'acte abstrait ?

24. Quant à la question de délimitation, les auteurs, de même que lors de la question de conception, se divisent en trois catégories : les uns ne veulent admettre, en suivant les explications de Lotmar sur le droit commun, que la recherche objective ; d'autres, en vérité assez peu nombreux, voudraient que l'on prît en considération le côté subjectif ; d'autres enfin, la majorité enseignent que l'immoralité doit ressortir à la fois et simultanément du contenu du but et des motifs (1), qu'un seul de ces deux derniers éléments ne suffirait pas. En somme, un système à la fois objectif et subjectif.

Dans la première catégorie il faut ranger les auteurs suivants : Oertmann, qui déclare que « l'immoralité subjective des parties ne peut avoir aucun rôle » (2) ; Vogel,

(1) C'est très souvent également la position et la terminologie employés par le Reichsgericht.

(2) OERTMANN, *op. cit.*, § 138, 1, B p. 487. — *Ibid.*, D. J. Z., 1902, p. 106.

pour lequel «... le moment subjectif est impropre à influencer l'acte juridique ; il est insignifiant et ne peut ni seul, ni combiné avec d'autres moments, provoquer la nullité d'un acte juridique, qui objectivement n'est pas contraire aux bonnes mœurs » (1). Dick (2), Crome (3), Hölder (4) et Enneccerus (5) qui s'expriment dans le même sens.

Dans la deuxième catégorie il faut ranger surtout Steinbach (6).

La troisième catégorie enfin, moins exclusiviste et partant plus près de la réalité, considère que l'immoralité doit ressortir d'éléments divers. Il importe de bien préciser le sens de cette théorie : en principe, seule l'immoralité objective est déterminante ; quand celle-ci ne se présente pas à l'état pur, l'illicéité des motifs et du but — éléments subjectifs — interviendraient à titre indicatif. Mais à eux seuls, ils ne sauraient jamais provoquer la nullité d'un acte pour immoralité. C'est bien ainsi qu'il faut entendre Staudinger, quand il dit que « cette question (l'atteinte aux bonnes mœurs) doit être résolue en considération du contenu, des motifs et du but, donc d'après le caractère d'ensemble de l'acte juridique » (7) — et Planck, qui estime que « les motifs seuls ne peuvent entraîner la nullité d'un acte juridique, même s'ils étaient immoraux. Ce sont les éléments objectifs de l'acte juri-

(1) VOGEL, *op. cit.*, p. 53.

(2) *Op. cit.*, p. 77.

(3) *Op. cit.*, I, p. 374.

(4) *Op. cit.*, p. 305-306.

(5) *Op. cit.*, I, p. 244-246.

(6) *Op. cit.*, p.

(7) *Op. cit.*, I, p. 573.

dique et surtout son contenu, qui accompagnés des motifs, doivent contenir une atteinte aux bonnes mœurs » (1). C'est le même système que défend, dans des termes un peu différents, M. Saleilles. Il part en l'occurrence, de la distinction entre la déclaration de volonté et la manifestation de volonté, celle-ci l'expression « réelle de la volonté, dans sa constatation objective » celle-là, son expression juridique. L'opinion publique, suivant notre auteur la suprême instance en matière de conception des bonnes mœurs, ne s'arrête dans l'appréciation d'un acte à ses limites juridiques, elle le prend dans la totalité de sa manifestation externe, et c'est ce contenu que le juge devra contrôler (2). Et quand le juge allemand aura-t-il le droit de porter son investigation au delà du contenu de la déclaration ? C'est toutes les fois que l'usage commercial l'y autorise. « Si donc en cette même matière, l'usage actuel et la conception du moment en matière de moralité juridique, allait au delà de l'appréciation de ce qui correspondrait à la cause proprement dite, pour faire entrer en ligne même ce que le droit français qualifierait de motif, il n'est pas douteux que l'article 138 donnerait au juge le pouvoir d'aller jusque là et d'annuler l'acte juridique, comme la moralité viserait à le condamner théoriquement » (3). Ce critérium est d'une imprécision bien surprenante, chez ceux surtout, qui condamnant le subjectivisme en prônant l'objectivisme, au nom de ce leitmotif des codifications modernes, qu'est la sécurité des transactions. A ces auteurs il y a lieu d'ajou-

(1) *Op. cit.*, I, p. 189.

(2) R. SALEILLES, De la déclaration de volonté § 138, p. 263.

(3) *Ibid.*, p. 264.

ter enfin Dernburg (1), Leonhard (2) et Jacobi (3).

Les arguments de ces auteurs ? C'est d'abord le principe général de la déclaration de volonté et la sécurité des transactions. Nous ne saurions nous attarder là-dessus. Il y a un deuxième argument — tout de circonstance pourrait-on dire — c'est la nécessité et le désir de frapper l'acte abstrait, et un troisième enfin, qui consiste à denier à la lésion le caractère d'une application du principe des bonnes mœurs. Analysons ces arguments.

C'est le second et le troisième qui sauraient seuls nous retenir. La nécessité de frapper l'acte abstrait a été invoqué surtout par M. Saleilles (4). Ce qui aurait déterminé la Seconde commission de supprimer l'expression de « contenu » et de la remplacer par celle d' « acte juridique », c'était, à entendre cet auteur, uniquement le désir de frapper l'acte abstrait. Par cette substitution, toute promesse, toute prestation, faites en vue d'un dessein illicite, étaient désormais, prises dans leur but et en dehors de leur contenu juridique, des actes illicites et de ce chef, nuls. Nous ne nions pas l'importance de cette modification par rapport à l'acte abstrait, mais nous ne pouvons pas admettre que ce fût ce désir seul, qui ait amené la Seconde Commission à modifier le texte ; bien au contraire, on n'a qu'à se reporter aux travaux préparatoires, pour se rendre compte combien l'appréciation subjective ou objective en elle seule, principiellement et indépendamment du problème de l'acte abstrait, avait donné lieu à des débats passionnés

(1) *Op. cit.*, I, p. 378.

(2) *Op. cit.*, p. 376.

(3) *Op. cit.*, p. 110.

(4) *Op. cit.*, § 138, p. 261.

et combien le désir de voir entrer l'élément subjectif en ligne de compte, avait déterminé l'attitude de la majorité des Commissaires (1). Si en même temps on trouvait une issue convenable à la question de l'acte abstrait, tant mieux, mais cela est loin de prouver que ce fût lui seul qui ait déterminé tout ce revirement.

Quant au troisième argument, celui qui consiste à dénier à la lésion le caractère d'une application du principe des bonnes mœurs, il a été invoqué surtout par Schey (2) et à sa suite par Vogel (3). Telle que nous l'avons comprise, leur agumentation peut se ramener aux points suivants : partant de la distinction des actes contraires à la morale par leur contenu ou par leur but et ceux contraires par les moyens et les agissements employés en vue de leur conclusion, ces auteurs rattachent la lésion à cette dernière catégorie en la rapprochant ainsi du dol et de la violence. Or, la sanction que le Code civil allemand applique à ces deux derniers vices du consentement, n'est pas la nullité, mais seulement l'annulabilité, et alors la question qui se pose, c'est celle de savoir, pourquoi une sanction différente pour la lésion ? Le texte du Code civil allemand relatif à la lésion, exige l'existence d'un élément objectif et d'un élément subjectif ; seulement, cet élément subjectif, affirment nos auteurs, ne l'est pas en réalité parce qu'il est fortement imprégné de nuances objectives. En effet, ce qui condamne un fait comme lésionnaire, c'est l'emploi d'agissements frauduleux, l'exploitation de l'inexpérience, de la nécessité, etc.,

(1) Prot. I, p. 123 et suiv.

(2) Die Obligationenverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts, t. I, p. 152 et suiv.

(3) *Op. cit.*, p. 38-46.

manifestations extérieures, donc essentiellement objectives, colorées d'un grain de subjectivisme seulement, par le fait que celui qui en profite doit en avoir conscience. Cet élément, baptisé généralement « subjectif », à l'instar de ce qui se passe en matière de dol et de violence, n'aurait dû logiquement entraîner que l'annulabilité. Le législateur allemand sanctionne la lésion de la nullité absolue. Quelle en est la raison ? C'est uniquement la présence d'un élément objectif, en l'occurrence la disproportion des prestations.

Que faut-il penser de toutes ces opinions et des arguments qu'elles invoquent ?

25. A la vérité, le problème nous semble mal posé, quand on décrète d'une façon générale qu'il doit être envisagé du point de vue subjectif, objectif, ou des deux à la fois. Ce sujet, fait tout de nuances et de situations d'espèce, s'accommode mal d'une solution globale. Ce que nous affirmons en règle générale, c'est que l'élément subjectif à lui seul, est à même d'entraîner la nullité d'une convention, comme contraire aux bonnes mœurs ; c'est la thèse que nous soutenons d'une façon générale et par opposition aux théories qui prétendent que la nullité ne saurait ressortir toujours et exclusivement, que de l'élément subjectif, objectif ou des deux combinés. Ce qui nous diffère en somme, de ces autres opinions, c'est que nous n'admettons pas d'exclusivisme en cette matière. Est-ce à dire que l'élément subjectif soit toujours indispensable pour caractériser une atteinte aux bonnes mœurs ? Nullement ! Nous admettons que suivant les cas, on peut se contenter d'une appréciation objective ou objective et subjective, qu'en un mot, il peut y avoir

des cas, où par la force même des choses et sans que ce fut nécessaire de pousser l'investigation plus à fond, on pourra se contenter de ces éléments. Mais nous n'admettons pas, que si ces éléments ne présentent point le caractère immoral, le juge doive s'arrêter et tolérer la convention; au contraire, dans ces cas-là, il a le droit et il a le devoir de pousser son investigation plus loin, aux motifs des parties et d'en tirer des conclusions quant à la validité ou la nullité de l'acte. Il a la faculté de pénétrer jusque là quand bon et nécessaire lui semble, et c'est en ce sens que nous entendons affirmer que l'appréciation des bonnes mœurs en droit civil allemand est subjective.

C'est la conclusion à laquelle nous sommes arrivé par l'étude des textes et par l'étude de la jurisprudence.

26. Dans le premier ordre d'arguments, nous entendons invoquer les articles 138 dans ses deux alinéas, 817 et 826 B.G.B. ; dans le second ordre d'idées, nous nous attacherons à l'étude de la jurisprudence, en la classant suivant l'immoralité dans l'objet, l'immoralité dans l'élément objectif et subjectif à la fois et enfin, l'immoralité dans l'élément subjectif seul.

Nous n'insisterons pas sur les arguments développés dans notre Section I. et tirés de l'étude générale du principe de la déclaration de volonté, comme nous n'insisterons pas davantage sur les travaux préparatoires. Nous en avons parlé plus haut et nous y renvoyons pour le parti qu'il y a à en tirer.

Nous invoquerons en notre faveur l'alinéa premier de l'article 138 B.G.B ; il parle en termes très généraux d' « actes contraires aux bonnes mœurs », sans faire

aucune distinction et sans imposer au juge aucune délimitation. Quant à l'alinéa deux de ce même article, il nous faudra réfuter d'abord les arguments de Schey et de Vogel, avant d'en tirer un parti positif. Un point ne fait pas de doute, c'est que la lésion de cet alinéa deux, est une véritable application du principe sur le respect des bonnes mœurs et non pas une extension, comme le prétendent nos auteurs. Ceci résulte à la fois de la façon dont cet alinéa débute (« est nul en particulier... »), que de la jurisprudence (1) ; si donc, les deux éléments de la lésion ne peuvent pas caractériser à eux seuls, les hypothèses très variées auxquelles le premier alinéa serait applicable, on peut du moins affirmer que, du moment que l'élément subjectif ou l'élément objectif coloré des circonstances subjectives, suivant les espèces, existent, les conditions d'application de l'article 138, 1 B.G.B sont assurées. Que la lésion ne peut pas être rapprochée du dol et de la violence, ceci est facile à saisir ; ces deux dernières, comportent des agissements et ce sont ces agissements qui les rendent condamnables ; or on ne peut pas affirmer que le fait de profiter d'une inexpérience — circonstance qui existe chez l'autre partie contractante — soit un agissement. L'agissement c'est quelque chose de positif, tandis que dans la lésion le rôle de la partie qui profite de la situation besogneuse ou de l'inexpérience de l'autre partie, est un fait négatif ; le contractant qui en profite n'y est pour rien, ce sont des circonstances extérieures qui ont créé les situations dans lesquelles les deux parties se trouvent au point de vue économique. Nous avons un autre

(1) R. G., 27 avril 1917, R. G. E., 90, p. 181. — R. G., 16 juillet 1917, R. G. E., 90, p. 100.

argument pour annihiler les affirmations de Schey et de Vogel sur ce point : le droit comparé. En effet, les législations qui prennent en considération pour caractériser la lésion, plutôt la lésion matérielle, c'est-à-dire, la disproportion des prestations, que la conduite du lésant — tels le Code civil français, le Code fédéral des obligations, le Code civil autrichien — ne lui donnent pas comme sanction la nullité. Le Code civil français, dans ses textes relatifs à la lésion, admet que les actes lésionnaires sont rescindables, mais l'on a toujours la faculté d'arrêter les suites d'une rescision en offrant au lésé le surplus dû ; d'autre part, en vertu du Code fédéral des obligations, art. 21 et du Code autrichien, art. 934, les actes lésionnaires ne sont qu'annulables. Tout au rebours, en droit anglais, tout comme en droit allemand, pour qu'il y ait lésion (*innocent misrepresentation* ou *undue influence*) c'est la conduite du lésant qu'on examine et c'est elle qui rend l'acte immoral. Qu'elle en est ici la sanction ? Ça a été d'abord, la nullité relative et c'est plus tard, sacrifiant encore une fois à l'équité aux dépens de la logique juridique, que par le Money-lenders act, le lésant peut être obligé à une compensation équitable.

Reste à voir — et ceci nous semble le point essentiel — ce qu'il en est de l'élément subjectif de la lésion et en quoi il serait en réalité un « élément objectif » ? A notre avis l'élément subjectif est le critérium primordial de la lésion en droit allemand. Ce n'est assurément pas dans le caractère objectif que la loi voit l'immoralité de la lésion, ne serait-ce encore que pour le motif qu'on exige que le lésant ait agi sciemment quand il a exploité la situation du lésé. La disproportion

des prestations — l'élément objectif — ne saurait jamais rendre un acte contraire aux bonnes mœurs ; le *Reichsgericht* le déclare nettement dans son arrêt du 13 octobre 1906 (1) quand il affirme qu' « il est inadmissible de voir dans la disproportion des avantages matériels consentis par l'une des parties à l'autre et de la contre-prestation reçue, une atteinte aux bonnes mœurs... » Bien au contraire, faut-il toujours dans les cas où il n'y a pas lésion caractérisée, mais où l'on pourrait prononcer la nullité de la convention en vertu de l'article 138, 1 B.G.B., à côté de l'élément objectif, des circonstances de nature subjective, autres que celles spécifiées sous la dénomination d'exploitation, pour rendre la convention nulle. Dans telle espèce, où il y avait une disproportion des prestations par un gain trop considérable réalisé par un entremetteur, il faut encore pour qu'il y ait nullité, qu'on ait profité de la situation créée par la guerre et provoqué une hausse des prix (2) ; ou bien dans telle autre, où il s'agit encore d'un profit excessif, le *Reichsgericht* déclare que ce fait à lui seul n'est pas suffisant, mais encore y a-t-il la circonstance, de l'avoir réalisé « au moment d'un grand péril national » et d'avoir trompé l'administration sur la qualité du fournisseur, qui entraîne la nullité (3) ; enfin dans une autre espèce on lit les attendus que voici : « Le défendeur a connu et la faiblesse d'esprit et la disproportion des prestations ; il a été conscient que c'était cette faiblesse qui était en relation de cause à

(1) R. G. E., 64, p. 181. — Dans le même sens R. G., 29 avril 1922, J. W., 1923, p. 370.

(2) R. G., 11 juillet 1917, R. G. E., 90, p. 400.

(3) R. G., 4 juin 1918, R. G. E., 93, p. 106.

effet avec la disproportion matérielle. La loi voit l'immoralité caractérisée dans le fait d'exploiter cette inexpérience... » (1). Que c'est l'élément subjectif qui caractérise dans la lésion l'atteinte aux bonnes mœurs, résulte sans contredit possible de l'espèce suivante : la jurisprudence admet qu'un riche courtier en ventes immobilières ne saurait invoquer la lésion même s'il a été lésé de plus de la moitié (2). L'élément objectif dans cet espèce est énorme, l'élément subjectif cependant y fait presque défaut et la loi refuse d'y voir par conséquent une lésion.

En continuant la série de nos arguments, nous invoquons en notre faveur l'article 826 B.G.B., relatif à la réparation du dommage causé à autrui par un acte contraire aux bonnes mœurs. Pour que cet article trouve application, il faut la réalisation de trois conditions : un dommage, un acte contraire aux bonnes mœurs, l'intention. C'est cette dernière qui nous importe pour l'instant. Qu'est-ce qu'on entend par là ? Ce n'est pas seulement l'intention de causer dommage à autrui qui est exigée, mais on va plus loin et l'on exige d'avoir conscience que l'on pourrait porter préjudice à quelqu'un par l'accomplissement d'un acte déterminé. C'est du moins dans ce sens que se prononce le *Reichsgericht* : « ... il faut que l'agent ait eu lors de son action la conscience du résultat nocif ... » (3), ainsi que la majorité des auteurs (4). Voilà donc encore un texte

(1) R. G. E., 67, p. 393.

(2) BAY, O. L. G. Z., t. III, p. 427.

(3) R. G. E., 58, p. 216. — R. G. E., 62, p. 139. — R. G. E., 79, p. 55. — R. G. E., 91, p. 350. — J. W., 1927, p. 892.

(4) DERNBURG, *op. cit.*, II, § 393. — ENNECCERUS-LEHMANN,

où les considérations subjectives sont poussées très loin.

Il résulte la même chose de l'étude de l'article 817, B.G.B. Dans les deux phrases qui le composent et qui visent l'une l'immoralité de l'accipiens, l'autre l'immoralité des deux parties, on exige qu'on en soit conscient. Ceci a été assez contesté et il y a des auteurs qui à l'heure actuelle encore, le contestent (1). Le *Reichsgericht* également l'avait primitivement contesté (2) ; mais depuis l'arrêt du 16 mai 1919 (3) un revirement s'est produit et le Tribunal suprême est constant à exiger la conscience de l'immoralité (4). C'est d'ailleurs conforme aux travaux préparatoires (5).

27. Nous trouvons dans les espèces de jurisprudence un miroir très fidèle des trois aspects, que la nullité pour immoralité revêt. C'est le *Reichsgericht* lui-même qui, en termes exprès, consacre la distinction que nous avons faite plus haut, donnant ainsi une preuve éclatante de sa haute compréhension pour les choses de la réalité. Une fois il parle de conventions qui, en toute occurrence doivent être nulles (6), sans qu'il y ait à rechercher les circonstances particulières de l'espèce ;

op. cit., I, § 117, p. 290. — ENDEMANN, *op. cit.*, I, p. 637. — STAUDINGER, *op. cit.*, II (3), § 826.

(1) STAUDINGER, *op. cit.*, II (3), § 817, p. 1711. — ENNECCERUS, *op. cit.*, § 446, note 3.

(2) R. G. E., 72, p. 46.

(3) R. G. E., 95, p. 347.

(4) R. G. E., 104, p. 54. — R. G. E., 105, p. 272. — Warn. 1922, n° 82. — J. W. 1923, p. 371.

(5) M., II, p. 849.

(6) R. G. E., 66, p. 152.

il accentue qu'au contraire, dans bon nombre de cas, l'immoralité ne saurait ressortir que d'un examen détaillé de toutes les circonstances de l'espèce (1). C'est en somme la consécration de la distinction que nous avons pronée plus haut, à savoir que le juge aura le droit de rechercher l'immoralité dans tous les éléments qui lui semblent propices à cet effet, sans être obligé de s'arrêter à la considération de l'objet seulement.

La nullité pour immoralité de l'objet, d'abord. On pourrait faire ici un rapprochement avec la nullité de l'article 1128, C. civ. français. Le rôle technique du juge est sensiblement le même dans les deux situations : l'objet même de la convention est immoral en soi, le juge le constate et applique les sanctions sans se livrer à aucune autre investigation. A la vérité les espèces de ce genre sont assez rares et le *Reichsgericht* le reconnaît lui-même dans son arrêt du 8 novembre 1927 (2), où il dit notamment : « Le *Reichsgericht* a considéré, en dérogation de la règle générale en vertu de laquelle l'article 138, 1 B.G.B. suppose l'immoralité des deux parties, que celle-ci pourrait consister dans certains cas dans une immoralité ressortant uniquement du contenu et de l'objet de la convention... » Ainsi par exemple, une convention ayant pour but de porter atteinte à l'honorabilité sexuelle, est nulle de plano (3) ; s'agissant de savoir dans quelles conditions la vente d'une maison de tolérance est nulle, le *Reichsgericht* déclare, qu'il n'y a lieu de tenir compte que de l'immo-

(1) R. G. E., 48, p. 129. — R. G. E., 53, p. 156.

(2) R. G. E., 118, p. 362.

(3) R. G., 5 février 1908, R. G. E., 68, p. 97. — O. L. G. Hamburg, NEUMANN 1907, p. 46. — HÖLDER, Dans D. J. Z. 1908, p. 50.

ralité de l'objet de la convention et que le fait qu'une des parties connaissait la destination qu'on avait réservé audit immeuble, ne saurait avoir en l'espèce qu'un rôle complémentaire ; s'agissant du louage d'une maison de tolérance et de la vente, de l'inventaire de cette maison, le *Reichsgericht* reproche à l'*Oberlandesgericht* de ne pas avoir tenu assez compte « dans la question de l'immoralité de la vente, des moments objectifs » (1) ou dans une espèce analogue, de la vente de photographies obscènes (2). Il en est de même de la convention, par laquelle quelqu'un s'engage de verser sa vie durant tout ce qu'il gagne à son mécène (3), — qui autorise la polygamie (4) ou l'infidélité conjugale (5), — ou enfin par laquelle deux amoureux conviennent de se suicider (6). Un contrat entre dentistes, par lequel ceux-ci conviennent de ne pas descendre au-dessous d'un honoraire minimum fixé, est également nul par nullité d'objet (7).

Dans la majorité des cas cependant, — et cette façon de voir nous semble bien celle préférée par le *Reichsgericht* —, le critérium est éclectique ; on dégagera l'immoralité, selon la formule employée si souvent par le Tribunal suprême et qui est devenue presque de style, « à la fois du contenu, du but et des motifs de la convention ». C'est la meilleure preuve que la jurisprudence — à

(1) R. G., 29 mai 1906, R. G. E., 63, p. 346.

(2) J. W., 1904, p. 117.

(3) R. O. L. G., 15, p. 313.

(4) Seuff. Arch., 18, p. 126.

(5) *Ibid.*, 24, p. 245.

(6) R. G. E., 12, p. 288.

(7) R. G., 27 avril 1913, R. G. E., 82, p. 346.

l'inverse de ce qui se passe souvent dans la doctrine — se rend parfaitement compte de la faute qu'elle commettrait, si elle voulait y appliquer un jugement d'ensemble et global.

Ce sont ces idées qui se dégagent — pour le rappeler en passant — de l'arrêt précité du 15 juin 1906 (1), où il est dit que « le contenu objectif ne pourrait en l'espèce être seul déterminant, mais bien la totalité des circonstances qui ont concouru lors de la conclusion de la convention, en considération des nécessités, des conceptions, des motifs et des buts des contractants. » C'est le point de vue qui est repris par le *Reichsgericht* dans les espèces les plus variées.

En matière de nullité des conventions portant sur des maisons de tolérance, d'abord : dans ces espèces, dans la majorité des cas, la nullité est prononcée à raison de l'objet. Quand l'immoralité ne ressort pas assez de l'objet, le *Reichsgericht* n'est pas embarrassé de déclarer que « ... l'article 138, 1 B.G.B. s'applique surtout aux actes juridiques qui, par leur contenu, leur but et leurs motifs, les éléments subjectifs et objectifs, portent atteinte aux bonnes mœurs. » (2).

En matière de contrat de louage de services. L'employé s'était engagé sur parole d'honneur d'observer pendant un certain délai le secret professionnel et de ne pas engager ses services dans une autre entreprise ; ceci sous la sanction d'une clause pénale de 10.000 M. L'employé contrevient à cette obligation et à l'action intentée par son ancien patron, il répond en invoquant

(1) R. G. E., 63, p. 390.

(2) R. G., 17 décembre 1910, R. G. E., 75, p. 74.

la nullité de la convention pour atteinte aux bonnes mœurs. Le *Reichsgericht* l'admet, en déclarant que celle-ci « ne saurait résulter que, du contenu d'ensemble de l'acte juridique, parce que en dehors des déclarations strictement juridiques, il y a, en l'espèce, des circonstances particulières, qui ont une importance décisive pour l'application de l'article 138, 1 B.G.B. (1) ». Dans telle autre espèce, un chef d'orchestre ayant allégué la nullité d'un compromis intervenu entre lui et l'Opéra de Berlin à propos d'un litige antérieur, le *Reichsgericht*, après avoir pris en considération toutes les circonstances de l'espèce (objectives : défense imposée au chef d'orchestre d'exercer sa profession pendant un certain délai et dans un rayon déterminé ; subjectives : la clause pénale imposée au chef d'orchestre pour le cas de non observation du compromis était destinée à alimenter la caisse des veuves des artistes décédés) — déclare qu'il n'y a pas atteinte aux bonnes mœurs (2).

Enfin, en matière de droit commercial, s'agissant d'une décision prise dans l'assemblée générale d'une société et en vertu de laquelle on voulait augmenter le capital social, le *Reichsgericht*, à la requête d'un certain nombre d'actionnaires qui invoquant les statuts, le Code de commerce et l'atteinte aux bonnes mœurs, lui avaient demandé de prononcer la nullité de cette décision, estime que le Tribunal d'appel avait considéré seulement telle quelle la décision de l'assemblée générale et que, si de ce point de vue elle ne constitue pas une atteinte aux bonnes mœurs, « ... en en considérant le

(1) R. G., 23 janvier 1912, R. G. E., 78, p. 258.

(2) R. G., 15 octobre 1912, R. G. E., 80, p. 219.

caractère général, résultant du contenu, du but et des motifs qui l'ont inspiré... » l'atteinte aux bonnes mœurs est évidente (par ladite décision de l'assemblée générale, la majorité des actionnaires avait eu pour but d'assujettir la société à une banque, dont faisaient partie les membres du conseil d'administration de ladite société) (1).

Il y a enfin une troisième série d'espèces, où l'immoralité ne ressort ni de l'objet, ni d'une façon générale des circonstances objectives, mais où il faut pousser l'investigation jusqu'aux mobiles des parties, pour trouver l'élément immoral. On en trouve des exemples un peu dans toutes les matières, quoique les plus fréquents se trouvassent en matière de jeu et de donations entre concubins. Ce sont dans la majorité des cas des exemples, où d'après les règles techniques du droit il devrait y avoir nullité pour atteinte aux bonnes mœurs, mais où les tribunaux, en tenant compte d'un mobile moral et hautement louable, déclarent la convention valable ; ce serait pour ainsi dire le rôle négatif de la règle morale. Ou bien il peut y avoir la situation inverse, d'après les règles techniques, la convention est valable et ce sont les mobiles qui la rendent nulle. C'est le rôle positif de la règle morale.

Dans l'espèce du 30 mai 1904 (2), des héritiers poursuivaient le recouvrement d'une créance que le *de cujus* avait eu vis-à-vis du défendeur ; celui-ci allègue qu'il y a eu remise de dette, à quoi les héritiers répliquent que cette remise est nulle pour atteinte aux bonnes

(1) R. G., 22 juin 1923, R. G. E., 107, p. 72. — R. G. E., 56, p. 229. — R. G. E., 108, p. 213.

(2) R. G. E., 58, p. 204.

mœurs. Le *Reichsgericht* constate que le juge du fait avait établi que le *de cuius* créancier, avait exercé des pratiques coupables sur l'enfant et le domestique du débiteur et que la remise de dette n'était que la récompense du silence de ce dernier. L'acte a été déclaré nul, ce qui n'empêche pas le *Reichsgericht* d'affirmer que le fait de racheter le silence au moyen de la remise de dette, ne pourrait constituer à lui seul un acte immoral, qu'au contraire, cet acte pourrait être parfaitement valable si « ... le coupable aurait eu moins en vue de se soustraire à la sanction légale, que d'épargner le déshonneur que sa condamnation aurait produit aux siens. Ce n'est pas le cas... » Voilà un exemple où le juge pèse à la balance la plus sensible les sentiments et les actions les plus intimes des plaideurs.

L'arrêt du 14 octobre 1905 (1) nous présente un cas où, des actes parfaits au point de vue de leur apparence juridique, sont rendus inefficaces pour la seule raison du mobile immoral qui l'a inspiré. Il s'agissait de l'exécution d'un jugement obtenu par l'une des parties sciemment à l'encontre de son adversaire, à une époque où celui-ci ne pouvait pas avoir connaissance de l'action et ne pouvait pas se défendre. Le *Reichsgericht* pose en principe que la force de chose jugée doit cesser au cas où elle est sciemment employée dans le but d'imprimer le cachet du droit là, où il n'y en a pas.

En matière de rapports professionnels, le *Reichsgericht* ne voit pas une atteinte aux bonnes mœurs, dans le fait qu'une association de médecins interdit à ses membres d'avoir des relations professionnelles avec un

(1) R. G. E., 61, p. 359.

médecin étranger à cette association, que si par là on avait l'intention de lui causer un préjudice, et que cette mesure a été dictée par un intérêt autre, que celui de la profession (1).

L'importance des mobiles est plus saillante quand il s'agit de rapports de droit établis entre concubins et en matière de jeu. Le cas suivant s'était présenté (2) : un officier avait vécu pendant de longues années en concubinage ; il s'était engagé par acte non causé de prendre soin de sa maîtresse à l'avenir et de lui verser une somme de 15.000 M. au cas où il se marierait. Ceci étant arrivé, l'ancienne maîtresse le poursuivait en paiement des 15.000 M. Y a-t-il nullité pour atteinte aux bonnes mœurs ? Le *Reichsgericht*, en considération des circonstances, admet la validité de l'engagement. En effet, il était établi que les deux amants avaient vécu maritalement, qu'elle subvenait le plus souvent aux besoins et au frais du ménage, qu'elle avait eu de lui trois enfants et que, vu son âge, elle avait peu de chance de pouvoir se marier ; que les 15.000 M. n'étaient pas destinés à récompenser les rapports sexuels, mais que c'était un « devoir moral » pour le défendeur, que de prendre soin de sa concubine.

Les mêmes exemples, nous les trouvons en matière de jeu, plutôt en matière de prêts consentis en vue de jouer. Dans une espèce du 30 janvier 1908 (3), le

(1) R. G., 4 octobre 1906, R. G. E., 64, p. 155.

(2) R. G., 23 février 1920, R. G. E., 98, p. 176.

(3) R. G. E., 67, p. 355.

Dans le même sens les espèces ci-dessous : R. G., 1^{er} juin 1904, R. G. E., 58, p. 219. — R. G., 4 avril 1907, R. G. E., 65, p. 433. — J. W., 1908, p. 29. — R. G., 13 juin 1906, R. G. E., 63, p. 370. — R. G., 12 septembre 1908, R. G. E., 70, p. 1. — R. G., 19 octobre

Reichsgericht déclare — non pas pour des raisons tirées de l'administration des preuves, mais en considération de textes visant d'une façon générale le jeu en Allemagne — qu'il n'y a pas lieu de déclarer *de plano* une pareille convention contraire aux bonnes mœurs. Ceci ne pourrait résulter que des circonstances de l'espèce et en l'occurrence, ayant été établi que le prêteur avait agi par pure amitié, dans le but d'alléger la situation financière de l'emprunteur et n'ayant aucunement l'intention d'en tirer un profit ; qu'au contraire, l'emprunteur était un habitué des maisons de jeu, dont il connaissait tous les rouages et tous les aléas ; dans ces conditions-là, l'acte est tout au plus « inopportun » et non pas nul, nous déclare le *Reichsgericht*.

Rappelons la position prise, en cette même matière par la jurisprudence française. On sait qu'en droit français non plus, le prêt fait en vue du jeu n'est pas nul, si le prêteur est resté étranger au jeu, quand même il a connu la destination des deniers. Au contraire, il y aurait nullité quand le prêt a été fait par un garçon de cercle et en vue d'alimenter le jeu (1).

28. Quels sont les moyens admis pour prouver qu'une convention porte atteinte aux bonnes mœurs ? Cette preuve doit-elle résulter des termes de l'acte attaqué, ou bien peut-elle être administrée par tous les moyens, même par témoins ou par présomptions ? On connaît l'historique et l'état de la question en droit français.

1909, R. G. E., 72, p. 61. — R. G., 6 décembre 1919, R. G. E., 97, p. 253. — R. G., 5 décembre 1921, R. G. E., 103, p. 250. — R. G., 30 septembre 1926, R. G. E., 114, p. 338.

(1) H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 230 et la jurisprudence citée.

Pour les actes à titre onéreux on partait de l'article 1353 du Code civil français, qui décide que la simple présomption est admise, au cas où un acte serait attaqué pour cause de fraude ou de dol ; pour les actes à titre gratuit, on se tenait jusqu'à une époque assez récente au système de la preuve intrinsèque, abandonné par l'arrêt du 2 janvier 1907 (1) abolissant ainsi, du moins en principe, toute différence entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.

En droit allemand et en matière de conventions à titre onéreux, la situation est la même ; la preuve de l'immoralité pourra être faite par tous moyens. C'est ce qui résulte du Code de procédure civile, ainsi que de la jurisprudence (2).

(1) D. P. 1907, I, 137, note A. Colin. — S. 1911, I, 585, note Wahl.

(2) R. G. E., 67, p. 355. — R. G. E., 70, p. 1. — R. G. E., 98, p. 76. — R. G. E., 108, p. 213.

CHAPITRE III

LE DOMAINE DES BONNES MŒURS

Après la question de principe, passons aux applications. Deux ordres d'idées constituent la matière de ce chapitre : les applications législatives et les applications jurisprudentielles. Par les premières, nous entendons uniquement les textes du Code civil allemand, construits sur l'idée du respect des bonnes mœurs, leur étude technique, exégétique, sur la base du texte même et de la jurisprudence et à l'exclusion de toute matière sujette à d'autres disciplines que le Droit civil ; rentrent dans cette catégorie les articles 138, 2 B.G.B. sur la lésion, 826 B.G.B. sur le préjudice causé par un acte contraire aux bonnes mœurs, ainsi que le courtage matrimonial et le jeu et le pari, dont la nature est controversée, mais qui, à la vérité, nous semblent participer du souci de respecter la morale mais aussi d'autres préoccupations, et qui, de ce fait, revêtent une organisation technique particulière.

Par les secondes, nous entendons grouper et classer les conventions les plus usuelles, celles qui sont déclarées nulles et celles qui donnent lieu à dommages-intérêts, en jurisprudence.

SECTION I. — APPLICATIONS LÉGISLATIVES

29. La lésion. Article 138, 2 B.G.B. — Tandis qu'en droit français la lésion est exclue, en principe, et n'est admise qu'à titre exceptionnel et dans les cas limitativement énumérés par les textes, entre majeurs, en droit allemand, à l'instar du droit anglais, où elle a pris un développement prodigieux, du droit suisse et du droit autrichien, elle est consacrée expressément dans l'alinéa 2 de l'article 138 B.G.B., dont la rédaction extrêmement large, est conçue dans les termes suivants : « Est nul en particulier un acte juridique, par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation, on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux, qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient par rapport à la prestation dans une disproportion choquante ».

Nous n'avons nullement l'intention de faire une étude exhaustive de la lésion en droit allemand ; elle a fait l'objet d'ouvrages spéciaux (1). Aussi nous bornerons-nous d'en indiquer les traits essentiels, et encore ne parlerons-nous ici que des conditions d'application, ses conséquences étant en grande partie les mêmes que celles d'un acte juridique contraire aux bonnes mœurs d'une façon générale et qui seront étudiées dès lors, dans la deuxième partie de ce travail.

(1) ZENO PROCA, Essai sur la lésion d'après les données de la jurisprudence allemande, *thèse Paris*, 1931.

Deux traits essentiels se dégagent de l'étude du texte sur la lésion : l'exploitation et la disproportion dans les prestations, éléments qu'on a coutume, dans une terminologie chère aux juristes d'outre-Rhin, et introduite par la suite dans le langage juridique d'autres pays, d'appeler, le premier subjectif, le second objectif.

L'élément subjectif consiste dans l'exploitation par le lésant du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience du lésé. Par besoin on entend et la jurisprudence est en ce sens, malgré l'opposition d'une partie de la doctrine (1), un besoin économique. Il faut bien s'entendre cependant, sur ce que cela veut dire : il ne s'agit pas d'un manque de fortune, ou d'une absence de crédit (2) ; plutôt s'agit-il d'une nécessité pressante d'argent, qui serait à même de mettre en danger l'existence économique du lésé. Le besoin doit exister réellement et non pas seulement dans l'imagination du lésé (3), quoique la question ait été très débattue en doctrine, qui alléguait qu'un besoin imaginaire a les mêmes effets sur l'attitude du lésé, qu'un besoin réel. Enfin, est-il indifférent si cet état de nécessité a été provoqué par le lésé lui-même, ou non ; on le prend dans son existence matérielle et sans se soucier de son origine.

Par légèreté on entend la négligence ou l'irréflexion que le lésé attache aux conséquences qui peuvent découler de ses actes et point n'est besoin que cette légèreté fut un état habituel ; manifestée lors de la conclusion de la convention lésionnaire, elle est suffisante (4), en

(1) STAUDINGER, *op. cit.*, I, § 138, 2, p. 584.

(2) Warn. Rspr. 1919, n° 92.

(3) R. G. St., 28, p. 290.

(4) R. G. St., 27, p. 18.

opposition avec ce qui se passe en matière de prodigalité.

Enfin, l'inexpérience peut être soit d'ordre général, soit se confiner dans un domaine déterminé ; on admet que l'on peut très bien être « inexpert » dans le domaine agricole et subir de ce fait une lésion (1) ».

La jurisprudence, dans l'application de cet élément subjectif, tout en respectant la nomenclature du texte, a tendance à synthétiser, à condenser les trois éléments dans un seul générique, l'exploitation d'une situation nécessiteuse, et admet de la façon la plus large les différentes combinaisons possibles entre les trois formes de cet élément subjectif. Le contrat est lésionnaire, que le profit tiré de lui ait été pour le co-contractant ou pour un tiers. Enfin, il faut que le lésant ait agi sciemment dans son action d'exploiter la situation du lésé, qu'il ait été au courant de la situation précaire dans laquelle ce dernier se trouvait, au moment de la conclusion du contrat.

L'élément objectif, c'est la disproportion des prestations. Ici le juge a un très large pouvoir d'appréciation, en considérant cette disproportion « d'après les circonstances ». La disproportion peut se présenter dans n'importe quel contrat à titre onéreux ; il y a eu une controverse très âpre cependant, quant au contrat de travail. Sans nous rallier à l'opinion de certains auteurs, tel que Lotmar, qui estime « qu'une partie de la production est due à des contrats de travail nuls au point de vue juridique (2) », nous estimons qu'il n'y a aucune raison

(1) R. G. E., 60, p. 10.

(2) LOTMAR, Der Arbeitsvertrag, p. 178.

de refuser à ce genre de contrats l'applicabilité de l'article 138, 2 B.G.B. Au contraire, il nous semble qu'en ne l'appliquant pas, on lui enlèverait une grande partie de sa valeur pratique. L'inapplicabilité, dans certains cas de la lésion du B.G.B. aux contrats de travail, n'est pas une inapplicabilité de principe ; elle résulte seulement du fait, que le contrat de travail est régi par une législation spéciale, très minutieuse et souvent exclusive des règles de droit commun. Mais toutes les fois, que l'application d'un texte spécial ne s'impose, on peut parfaitement bien avoir recours au texte général sur la lésion.

La disproportion des prestations peut se présenter sous des aspects infiniment variés ; ce peut être à propos d'une clause pénale, d'un droit de préemption, d'un droit de préférence, de conventions déguisées, de la *lex commissoria*... (1) ».

Nous avons insisté dans le chapitre précédent sur le fait que la lésion du droit allemand est une application des bonnes mœurs, dans quelle mesure et dans quel sens ; nous ne reviendrons pas ici sur cette question. Nous voudrions cependant en relever quelques traits, qui la rattachent à la lésion du droit anglais et l'opposent à la lésion du droit français.

Il est curieux, qu'en droit allemand comme en droit anglais, où somme toute on s'attache à une conception objective du contrat, on soit arrivé à ériger la lésion en principe général. Cela tient, sans doute — et le législateur allemand l'a très bien vu — au fait que la sanction de la lésion est une de ces mesures ayant pénétré dans le domaine du droit, sous la poussée inlassable de

(1) R. G. E., 122, p. 128.

la morale. Elle a été attachée, par conséquent, à cet ensemble d'institutions, qui, même dans une législation à conception objective, reste un îlot de subjectivisme, qu'est la théorie des bonnes mœurs. Et nous avons vu, dans le chapitre précédent, combien la lésion du droit allemand est effectivement imbue de subjectivisme. Il en est de même, et plus encore, en droit anglais, où les Cours d'équité en matière d' « *innocent misrepresentation* » et d' « *undue influence* », ont eu l'occasion de faire une large application de l'idée morale. En France, où la lésion, pour des raisons d'organisation technique, n'a été sanctionnée qu'à titre exceptionnel, la jurisprudence est arrivée par des moyens détournés, à en élargir considérablement le champ d'application.

30. Le courtage matrimonial. Sa nature. — A la différence du Code civil français, le Code civil allemand réglemente d'une façon assez minutieuse le courtage matrimonial dans ses articles 652 et suivants. On connaît l'état de la question en droit français. Les tribunaux français, à défaut d'un texte exprès, faisant application de la cause illicite, déclarent depuis un arrêt de principe du 1^{er} mai 1855 (1), ce genre de contrats, nuls, comme étant une industrie illicite, greffée sur le mariage, — et malgré les protestations d'un certain nombre d'auteurs (2), qui estiment que les temps et les mœurs ont changé, ils persistent à les condamner. C'est dans certains cas seulement, que les tribunaux français se montrent indulgents, à savoir les cas où le contrat a

(1) D. 55, 1, 147.

(2) R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, p. 802.
— Wahl dans *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1904.

simplement pour objet de mettre en présence les futurs époux, et qu'on accorde au courtier une faible rémunération (1).

En Allemagne, la situation était assez confuse dans les législations antérieures au B.G.B. Des textes, tels que celui d'un décret du Grand-Duché de Weimar de 1768, de Dessau de 1803 et de Cöthen de 1820, refusaient l'action aux courtiers ; le Code civil du Royaume de Saxe, déclarait dans son article 1259, le courtage matrimonial nul, tandis que la majorité des législations, aussi bien d'ailleurs que le droit commun, n'en parlaient pas, le soumettant aux conditions générales sur la validité des conventions.

C'est ce dernier point de vue que dans l'élaboration du Code civil allemand, avaient pris le Premier et le Second Projet (2) ; c'est la Commission du *Reichstag* qui a introduit l'article 656 en motivant « que la grande majorité de la population considère sans doute le courtage matrimonial comme un contrat contraire aux bonnes mœurs (3) ».

L'article 656 B.G.B. est conçu dans les termes suivants : « La promesse d'un salaire pour l'indication d'une occasion de conclure un mariage ou pour les négociations relatives à la réalisation d'un mariage, ne fonde aucun engagement. La prestation effectuée sur le fondement de la promesse peut être répétée de ce chef qu'il n'y avait pas d'engagement. — Ces dispositions sont également applicables à toute convention en vertu de laquelle

(1) Tribunal de la Seine, 3 février 1927, C. P., 15 mars 1927.

(2) M. I., p. 511 à 512.

(3) Compte rendu, Neuvième législature, Quatrième Session, t. III, p. 1981.

l'autre partie, en vue d'exécuter sa promesse, prend un engagement envers le courtier, spécialement à toute reconnaissance de dette ».

Un gros débat s'était engagé — aujourd'hui apaisé d'ailleurs, par une jurisprudence bien établie — quant au sens de cette disposition. Les uns, Kohler et Meissner en tête, voulaient voir dans le courtage matrimonial une convention tout simplement contraire aux bonnes mœurs ; les autres (1), soit qu'ils fussent partisans de l'obligation naturelle, soit qu'ils omissent de prendre parti sur cette question, n'y voient qu'un contrat sui generis, réglementé d'une façon spéciale par le législateur. Kohler (2), qui lors des travaux préparatoires avait mené une vive campagne en faveur de la nullité du courtage matrimonial, comme contraire aux bonnes mœurs, — et Meissner (3), considèrent toujours l'article 656 B.G.B. comme une application des articles 138, 1 et 817 B.G.B. Le premier invoque en sa faveur la décision de la Commission du *Reichstag* et argue qu'il serait profondément immoral, que de protéger les mariages conclus sous la pression des courtiers. « Si la loi — dit-il — refuse la *condictio indebiti*, ce n'est pas parce qu'elle veut donner quelque effet à l'engagement ; mais à cause de la maxime *in pari turpitudine melior est causa possidentis* », et puis plus loin, « si un mariage conclu grâce à des manœuvres

(1) LOTMAR, *Der Unmoralische Vertrag*, p. 100. — DERNBURG, *op. cit.*, t. II, p. 558. — OERTMANN, *op. cit.*, § 656. — STAUDINGER, *op. cit.*, t. II, 3, § 656. — CROME, *op. cit.*, t. II, p. 15. — COSACK, *op. cit.*, t. I, p. 557. — ENDEMANN, *op. cit.*, t. I, p. 586.

(2) Die Ideale im Recht, dans *Arch. Bürg. Recht.*, t. V, p. 161 et ss.

(3) Kommentar zum B. G. B., § 656.

inconvenables a donné de bons résultats, on a toutes les raisons de faire oublier ses débuts « (1).

Ce débat nous semble avoir une bien minime importance pratique et, si les rédacteurs du Code sur l'insistance du Reichstag ont pensé au courtage matrimonial, tout en évitant de le rattacher aux articles 138 et 817 B.G.B., ils sont arrivés, par une formule détournée, sensiblement au même résultat. C'est l'essentiel et c'est ce qu'il faut en retenir.

Quoi qu'il en soit, voyons quelles pourraient être les raisons, qui nous empêchent de voir dans le courtage matrimonial une simple application de l'article 138 B.G.B. C'est tout d'abord sa rédaction ; si le législateur avait voulu le rattacher à l'article 138, il l'aurait rédigé à peu près dans le même sens que la lésion, et lui aurait donné comme sanction, la nullité et non pas seulement le refus d'action. Et pourquoi vouloir rattacher le refus d'action à l'article 817 B.G.B., puisqu'il est prévu à l'article 656 lui-même ? Tout au plus pourrait-il y avoir, dans ce cas, une application de l'article 814 B.G.B. L'argument suprême cependant, nous semble ressortir du fait que l'article 656 laisse la porte ouverte à l'application de l'article 138, 1, même s'agissant d'un contrat de courtage matrimonial. En effet, supposons que le juge allemand se trouve devant un contrat de courtage matrimonial qui présenterait les conditions exigées pour l'application de l'article 138, 1, B.G.B. Il n'y aurait aucune raison de l'écarter et on est à peu près d'accord pour l'appliquer. Supposons qu'il résulte que les procédés qui ont accompagné

(1) KOHLER, *Der Ehemakelohn*, dans *Arch. Bürg. Recht*, t. XII, p. 318 et 333-334.

la promesse fussent de nature à choquer les mœurs, à enlever aux parties leur liberté, ou au mariage sa dignité, il ne faut pas hésiter à appliquer l'article 138, 1, B.G.B. et par voie de conséquence admettre éventuellement la répétition, conformément à l'article 817 B.G.B.

En réalité, le courtage matrimonial, tel qu'il a été réglementé, nous semble bien, en partie, une application des bonnes mœurs, et nous irons même jusqu'à affirmer que c'est une application de cette conception intermédiaire défendue par Planck et Saleilles (1) que nous avons analysée dans le chapitre précédent. Il est hors de doute, en effet, que si le courtage matrimonial a subi les amputations que l'on connaît, c'est en grande partie parce qu'il a été considéré comme choquant non pas tant un sentiment moral — parce que dans ce cas il aurait été déclaré nul —, mais les convenances. Nous avons rappelé ceci, pour démontrer, une fois de plus, que c'est autrement que le Code civil allemand agit, quand il ne considère pas un acte contraire à la morale. C'est encore un argument que nous pouvons ajouter à la thèse que nous avons défendue en matière de conception des bonnes mœurs.

31. Technique du courtage matrimonial. En vertu de l'article 656 B.G.B., l'action est refusée au courtier, mais une fois payé, on ne peut plus répéter. Et d'abord, qu'est-ce qu'on entend par courtier ? Ce n'est pas seulement la personne qui se fait de cette industrie une profession, mais également celle qui agit occasionnellement, du mo-

(1) M. SALEILLES dit que c'est le procédé transactionnel accepté par la loi toutes les fois que sans se prononcer sur le caractère d'immoralité d'un acte, elle veut supprimer les procès scandaleux qui pourraient en résulter, Déclaration de volonté, § 138, p. 278.

ment qu'on stipule une rémunération pour son entremise. Au contraire, n'est pas considéré comme courtier, celui qui facilite le mariage par des conseils, par la donation d'une somme d'argent, l'avocat qui fait des efforts pour obtenir le consentement des parents (1). Il est indifférent cependant, si la récompense est calculée à tant par rapport à la dot, ou s'il s'agit, tout simplement, de la restitution des frais ; l'action est exclue et ceci à la différence de ce qui se passait dans le droit antérieur au B.G.B. et de ce qui se passe en droit français. La raison en est facile à saisir : si on accordait l'action en restitution des déboursés, on aurait vite fait de tourner la disposition de l'article 656 B.G.B (2). Ceci ne doit pas cependant exclure, à notre avis, les règles générales sur l'enrichissement sans cause. A notre sens, il devrait être indifférent si le courtier, en dehors du contrat ayant pour but de réaliser le mariage, facilite la conclusion d'une autre convention ; il semble cependant, que la jurisprudence prend en considération, pour se prononcer sur le caractère du tout, l'acte qui dans l'intention des parties devait avoir plus d'importance. Ainsi par exemple, le *Oberlandesgericht* de Karlsruhe dans son arrêt du 1^{er} mai 1903 (3), déclare que si le courtier est chargé de faciliter la conclusion d'un contrat de louage, que si le propriétaire ne veut louer son bien qu'à un gendre et que le courtier lui apporte « subsidiairement » un gendre, le contrat ne tombe pas

(1) J. W. 1906, p. 713.

(2) Seuff. Arch. 74, p. 577. — O. L. G. Zweibrücken, dans *Zeitschrift für Deutsches Recht und Französisches Zivilrecht*, t. XXXIV, p. 541.

(3) D. J. Z., t. IX, p. 1144. — En sens contraire O. L. G., t. XXXIV, p. 54.

sous le coup de l'article 656 B.G.B., parce qu'on avait principalement en vue de louer son bien et non pas de marier sa fille.

Un vif débat s'était engagé, quant au fait de savoir si les annonces dans un journal en vue du mariage, étaient dans les prévisions de l'article 656 ? Kohler aurait voulu les voir frappées de nullité comme contraires aux bonnes mœurs et effectivement, elles le sont très souvent, surtout quand elles servent à mettre en relation des personnes, non pas en vue du mariage, mais en vue du concubinage, ce qui généralement se passe en pratique. Ceci nous semble une question de fait ; si on arrive à prouver le caractère immoral d'une annonce, c'est l'article 138, 1, B.G.B. qui devient applicable, dans les autres cas on doit la considérer comme un contrat de courtage.

De ce que les prétentions du courtier, ne sont pas sanctionnées par une action, il ne saurait y avoir ni compensation de ce chef, ni constitution de gage, ni un droit de rétention.

La deuxième phrase de l'article 656 B.G.B. refuse la répétition de ce que l'on a payé en accomplissement de l'engagement ; cette répétition est refusée, qu'elle ait été accomplie en méconnaissance de cause, ou que le solvens ait été dans l'ignorance de ce qu'il n'était pas tenu à exécuter. Le texte ne distingue pas à cet égard et c'est bien ici une différence d'avec les obligations naturelles, qui ne donnent lieu à répétition que du moment qu'elles ont été exécutées volontairement. Une autre remarque est à faire, quant à la différence pratique entre le refus de répétition de l'article 656 et celui de l'article 817 B.G.B. Dans l'hypothèse prévue par ce dernier, il faut que l'immoralité existe également du côté de l'auteur de la pres-

tation et qu'il en ait été conscient ; c'est, nous semble-t-il, la seule différence pratique, — que la majorité des auteurs passe d'ailleurs complaisamment sous silence — entre la théorie qui considère le courtage matrimonial comme une application de l'article 138, 1, B.G.B. et celle qui y voit un acte de nature indépendante. Le paiement sera généralement fait en argent, mais on entend par paiement au sens large de l'article 364 BGB., toute prestation faite en vue de l'extinction d'une obligation.

La répétition n'est pas exclue cependant, dans tous les cas ; elle est admise si la prestation est nulle ou annulable, comme ayant été effectuée par un incapable, — en vertu d'une erreur, du dol ou de la violence (art. 123 et suivants B.G.B.) ; elle est également admise si la convention a été déclarée nulle en vertu de l'article 138, 1, dans l'hypothèse où l'auteur de la prestation, ne s'est pas mis en contradiction avec les bonnes mœurs.

Le deuxième alinéa de l'article 656 étend les dispositions du premier alinéa aux actes abstraits, tout spécialement à la reconnaissance de dette ; ce qui signifie que par un tel engagement, on ne peut pas fonder une prétention, mais qu'exécuté il n'y aura pas lieu à la *condictio indebiti*. En pratique, le plus souvent, le courtier se fait signer pour ses services, une lettre de change et il peut se présenter à ce propos, des controverses, sur lesquelles nous ne saurions insister, comme relevant plutôt du droit commercial que du droit civil (1).

32. Du jeu et du pari. — Les articles 1965 et suivants

(1) W. BAUSTAEDT, *Die entgeltliche Heiratsvermittlung nach geltendem Rechte*, p. 38-44.

du Code civil français, parlent du jeu et du pari, en refusant la répétition de ce qui a été volontairement payé, et on s'accorde généralement, sauf quelques rares exceptions (1), à y voir une application des obligations naturelles.

Le Code civil allemand, dans ses articles 762 et suivants, réglemente le jeu, le pari, et quelques opérations analogues (loteries, etc.) et ceci d'une façon tout à fait similaire au courtagematrimonial. L'article 762 B.G.B. est ainsi conçu : « Le jeu et le pari ne fondent aucun engagement. Ce qui a été presté pour cause de jeu ou de pari ne peut être répété sur ce fondement qu'aucun engagement n'aurait pris naissance. Ces dispositions sont également applicables à toute convention par laquelle une partie perdante, dans le but d'exécuter une dette de jeu, contracte un engagement envers la partie gagnante, spécialement à toute reconnaissance de dette. ? »

Cet article, tout comme l'article 656, avait donné lieu à un grand débat quant à son fondement ; faut-il voir, dans le jeu et le pari des actes contraires aux bonnes mœurs, ou bien se trouve-t-on en présence d'une obligation naturelle ? La disposition du Code civil allemand est en conformité avec le droit commun et avec quelques législations particularistes (2). La Première Commission constate ce fait, et sans rechercher d'autres justifications, consacre l'état de droit existant (3) ; la Seconde Commission, plus soucieuse d'une justification, estime que le jeu et le pari sont deux institutions qui, à raison de leur

(1) PLANIOL, *op. cit.*, t. II, p. 2110.

(2) Code civil prussien, 1^{re} Partie, Titre XI, § 577-579.

(3) M., II, p. 643.

danger économique et moral, sont à paralyser (1). Nous ne croyons pas non plus que, étant donné les textes, on ait quelque chance de pouvoir rattacher le jeu et le pari aux bonnes mœurs et d'y voir une application directe, parce que les textes écartent péremptoirement cette hypothèse. Plutôt est-ce, comme nous le disions également plus haut à propos du courtage matrimonial, une de ces institutions, qui sont autant immorales qu'anti-économiques ; la majorité des auteurs est dans ce sens (2), ainsi d'ailleurs que la jurisprudence (3).

Conformément à l'alinéa premier de l'article 762, il n'y a pas lieu à une action en paiement ou à l'exécution d'un engagement quelconque, ayant son origine dans le jeu ou dans le pari. Dès lors, il ne saurait y avoir de ce chef, ni compensation (4), ni droit de rétention, ni cautionnement ou nantissement (5) ; un compromis ne pourrait exister qu'en tant qu'il s'agit de savoir si une dette résultant du jeu ou du pari existe réellement, mais il est nul s'il est intervenu à propos de l'exécution d'une pareille dette (6).

Au contraire, on ne peut pas répéter du fait qu'il n'y a pas eu d'obligation et ceci indifféremment si l'auteur de la prestation savait ou non, qu'il avait exécuté une dette de jeu ou de pari et nous trouvons ici, par analogie à ce qui se passe en matière de courtage matrimonial, une différence pratique avec l'article 138 B.G.B. Le mot de pres-

(1) Protokolle, II, p. 796 et ss.

(2) OERTMANN, *op. cit.*, § 826, 4, c. — DERNBURG, *op. cit.*, § 213 4. — PLANCK, *op. cit.*, II, p. 500.

(3) R. G. E., 53, p. 266.

(4) R. G., 28 juin 1906, R. G. E., 61, p. 153.

(5) R. G., 18 juin 1902, R. G. E., 52, p. 40.

(6) R. G., 2 juillet 1901, R. G. E., 49, p. 192.

tation, doit être entendu dans un sens très large ; doit être considérée comm telle, une dation en payement, aussi bien qu'une consignation, si la reprise a été exclue conformément à l'article 376, B.G.B. Si la compensation est exclue du côté du gagnant, le perdant peut compenser sa dette de jeu avec une créance que le gagnant pourrait avoir contre lui, en vertu d'un autre acte juridique que le jeu ou le pari (art. 387, B.G.B.).

L'alinéa deux de l'article 762, vise l'acte abstrait, en le soumettant aux mêmes dispositions que l'acte concret et ceci toujours pour éviter de tourner la loi ; pratiquement il s'agira surtout d'une lettre de change, mais il peut également s'agir d'une reconnaissance de dette, d'une promesse de dette ou d'une novation.

Reste à étudier quelques points relatifs aux prêts accordés en vue de jouer ou de parier. Au cours des travaux préparatoires (1), surtout dans la Seconde Commission, on s'était demandé s'il ne fallait pas consacrer une disposition expresse à cette sorte de prêts ; finalement on en avait abandonné l'idée. Comment faut-il dès lors, les considérer ? Il faut faire une distinction, entre les prêts qui ont été accordés par des tiers, étrangers au jeu et ceux qui ont été accordés par des personnes participant ou intéressées au jeu. Quant aux premiers, il faut encore sous-distinguer : si le prêt a été fait en méconnaissance de jeu, c'est-à-dire si le prêteur ne connaissait pas la destination des deniers, tout le monde est d'accord pour le déclarer valable ; si cependant le prêteur connaissait cette destination, il y a des auteurs, tels Kohler (2) et Dern-

(1) M., II, p. 646.

(2) KOHLER, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, t. II, p. 96.

burg (1), qui demandent la nullité du prêt pour atteinte aux bonnes mœurs. A notre avis ce serait aller trop loin ; il faut considérer les circonstances de l'espèce et annuler seulement si le but ou l'intention révèlent l'atteinte aux bonnes mœurs. Nous avons vu d'ailleurs, dans le chapitre précédent, des exemples de prêts, faits par un tiers à un joueur, contrats déclarés cependant parfaitement valables par le Reichsgericht (2). Autre est la situation, quand le prêt a été fait par le partenaire ou une autre personne intéressée au jeu, par exemple le croupier ; dans ce cas, les auteurs (3) admettent qu'il faut refuser l'action en vertu de l'alinéa deux de l'article 762. Tel n'est pas notre avis ; nous estimons que ces contrats sont nuls en vertu de l'article 138, 1 B.G.B. parce que si le jeu et le pari ne sont pas considérés de plano comme contraires aux bonnes mœurs, s'ils sont tolérés par le législateur, le fait de les encourager est certainement un fait qui porte atteinte aux bonnes mœurs ! Pratiquement, ce prêt se fera dans la maison de jeu, ou au cours d'une partie, ce qui veut dire que le contrat sera certainement annulé, parce qu'il a toutes les présomptions contre lui. Où il y a une différence entre notre façon de voir et celle qu'applique l'article 762 B.G.B., c'est quant à la répétition : dans la première hypothèse, celle-ci sera exclue dans tous les cas, tandis que dans la deuxième hypothèse, le prêteur pourra toujours faire la preuve qu'il n'a pas agi d'une façon immorale et répéter en vertu de l'article 817 première phrase B.G.B. A la vérité cependant, la répétition nous

(1) DERNBURG, Bürgerliches Recht, t. II, p. 169.

(2) Cf. *supra*, p. 129.

(3) BUSCH, *op. cit.*, t. II, § 762, p. 432. — STAUDINGER, *op. cit.*, t. II § 762, p. 1453. — Buff Spiel und Wette, thèse 1912.

semble très peu probable, parce que dans la majorité des cas il y aura refus de répétition par application de l'article 817 deuxième phrase. Ainsi, dans l'espèce du 21 septembre 1908 (1), le demandeur avait prêté au défendeur, qui avait été son partenaire de jeu, et au cours de ce jeu, une certaine somme d'argent, que maintenant il réclamait. Le *Reichsgericht* déclare qu'il reste à voir si les dispositions de l'article 762 B.G.B. — comme l'avait supposé le *Oberlandesgericht* — sont applicables à ce prêt. Le Tribunal d'appel, au contraire, avait négligé de se demander si ce prêt n'était pas contraire à l'article 138, 1 B.G.B. ce qui dans l'espèce était bien le cas. « Le prêt fait en vue du jeu ne doit pas être principiellement considéré comme une atteinte aux bonnes mœurs, dit le *Reichsgericht*, mais, vu les circonstances que l'instance d'appel a dégagées, les intentions et le but qui ont guidé le réclamant en accordant ce prêt, classent celui-ci, sans doute, parmi les actes contraires aux bonnes mœurs » (2). Et dès lors, au *Reichsgericht*, de refuser la répétition par application de l'article 817 deuxième phrase B.G.B. Voici un arrêt, qui confirme notre opinion défendue ci-dessus.

SECTION II. — APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

Dans cette section nous analyserons la jurisprudence, en l'exposant par matières, c'est-à-dire en prenant les catégories les plus importantes et les plus fréquentes et en

(1) R. G. E., 70, p. 1.

(2) *Ibid.*, p. 2-3.

essayant d'y retrouver les éléments dégagés au cours de notre étude théorique et législative.

33. Très variées sont les conventions qui interviennent à propos de l'exercice d'une industrie ou d'un commerce et qui donnent lieu à nullité pour atteinte aux bonnes mœurs. Est nul un contrat, par lequel une ou plusieurs marchandises passent des mains d'un marchand de gros dans les mains d'un autre marchand de gros, dans le but de multiplier le nombre des intermédiaires et d'augmenter ainsi d'une façon artificielle les prix. La jurisprudence qualifie ces contrats de « *Kettenhandel* » et les déclare nuls (1), avec une restriction : il faut que les parties soient conscientes de l'acte contraire aux bonnes mœurs (2).

Un autre genre d'actes sont ceux qui tendent à empêcher un travailleur de trouver du travail, s'il n'appartient pas à une association professionnelle. C'est le « *Boyckoll* ». Le *Reichsgericht* reconnaît que le droit de se syndiquer n'est pas obligatoire, ni d'après la constitution, ni d'après les lois spéciales, mais il reconnaît également que les organisations professionnelles n'ont de raison d'exister, que si elles englobent dans la mesure du possible la majorité des travailleurs. Il estime donc, que les mesures destinées à forcer un travailleur de se syndiquer, ou la défense imposée à un établissement de n'employer que des ouvriers syndiqués, ne sont pas nulles de plano, mais seulement quand elles provoquent « la destruction éco-

(1) R. G. E., 96, p. 240, 330, 344. — R. G. E., 99, p. 50. — R. G. E., 101, p. 311. — R. G. E., 113, p. 161. — R. G. E., 105, p. 177.

(2) R. G., 28 nov. 1919, R. G. E., 98, p. 1. — R. G., 4 mars 1921, R. G. E., 101, p. 381.

nomique de l'adversaire » (1). Ceci arrive quand une association met le travailleur dans une impossibilité absolue dans le temps et dans l'espace (l'interdiction prononcée sur le territoire de tout un état, par exemple) de trouver du travail, ou quand le désavantage subi par le travailleur, ou l'employé, n'est dans aucun rapport avec le profit que l'association pourrait en tirer.

Sont également nuls les contrats nommés « *Knebelverträge* », c'est-à-dire les contrats par lesquels on diminue par trop la liberté d'action économique d'un groupement ou d'un individu. Ainsi par exemple est nul un contrat, en vertu duquel une société aura seule le droit de vendre du pétrole dans une région déterminée, en s'asservissant d'autres sociétés, auxquelles elle pourrait imposer les directeurs, et dont les Comités exécutifs et les assemblées générales seront tenues de prendre les décisions que ladite société leur imposerait (2). De même, est nul un contrat, par lequel quelqu'un s'engage de s'approvisionner pendant un délai trop long (en l'espèce quinze ans) et pour un prix ne variant (3). Les clauses de concurrence sont en principe et sous réserve de l'observation des textes spéciaux, admises si elles ne sont pas absolues (4) ; mais elles sont nulles, quand elles sont absolues, ou quand la clause pénale y attachée est exagérée par rapport à ce qu'on gagne et

(1) R. G., 6 avril 1922, R. G. E., 104, p. 327. — R. G., 13 février 1911, R. G. E., 76, p. 35. — R. G., 14 octobre 1907, R. G. E., 66, p. 379.

(2) R. G., 27 mai 1913, R. G. E., 82, p. 308.

(3) R. G. 28 mars 1911, R. G. E., 76, p. 78.

(4) R. G., 7 avril 1908, R. G. E., 68, p. 186.

quand on est tenu de la respecter sur parole d'honneur (1). En cette matière il faut encore distinguer, suivant que la clause de concurrence intervient entre un patron et son ancien apprenti et par laquelle le patron cherche à se défendre contre la concurrence de ce dernier, — et suivant qu'elle intervient entre deux parties d'une force économique sensiblement égale, le plus souvent à-propos de la vente d'un fonds de commerce. La première catégorie est spécialement visée par le législateur dans des textes du Code de commerce ou dans des lois spéciales ; la seconde est en règle générale soumise au droit commun sur la liberté du commerce, du H.G.B. et du B.G.B. et dans ces derniers cas, on pourra s'appuyer non seulement sur l'article 138, 1, BGB., mais encore sur les articles 138, 2, — 226, et 826 B.G.B. avec les sanctions qu'ils comportent.

34. Dans les actes juridiques passés dans des professions libérales (médecins, dentistes, avocats), la conception que l'on se fait des bonnes mœurs, est influencée dans un certain sens et dans une certaine mesure, par les habitudes consacrées dans la profession dont il s'agit. Ainsi par exemple, la vente de la clientèle d'un médecin ou d'un avocat, n'est pas nulle de plano (2) ; elle est nulle seulement, si des circonstances de l'espèce on peut déduire que le médecin ou l'avocat ont abusé de la confiance qu'ils inspiraient à leur clientèle et l'avaient commercialisée. Ces circonstances peuvent être très variées, elles peuvent ressortir de simples pré-

(1) Tribunal de Commerce de Berlin, 8 février 1907.

(2) R. G., 29 octobre 1926, R. G. Z., 115, p. 172.

somptions. Ainsi par exemple, quand le contrat — ce qui arrive le plus souvent — ne mentionne que l'inventaire et l'outillage, mais que tout ceci soit vendu à un prix exagéré, au quadruple de sa valeur, les tribunaux en prononceront la nullité, comme contraire à la dignité de la profession et à son rôle social (1). Au contraire, il peut y avoir des cas où ces conventions soient valables, quand par exemple un père dentiste cède sa clientèle à son fils, également dentiste.

Sont nuls les contrats intervenus entre dentistes — et par analogie entre médecins et avocats —, en vertu desquels ils s'engagent sur parole de ne pas descendre au-dessous d'un tarif minimum fixé (2). Est nul également, un contrat par lequel le médecin, dentiste ou avocat, s'interdit d'exercer sa profession dans un endroit déterminé et pour un temps déterminé, — et à la différence de ce qui arrive dans les professions économiques, la nullité est ici radicale et inévitable (3), cette interdiction fut-elle même imposée par « les intérêts supérieurs des médecins allemands » (4), — parce que la profession de médecin est indispensable à l'existence de la société. Est également nul et donne lieu à réparation, l'acte par lequel une association de médecins met à l'index un médecin et défend aux autres d'avoir des relations professionnelles avec lui (5).

(1) R. G., 17 mai 1907, R. G. E., 66, p. 139. — R. G., 12 janvier 1911, R. G. E., 75, p. 120.

(2) R. G., 29 avril 1913, R. G. E., 82, p. 222.

(3) R. C., 11 juin 1907, R. G. E., 66, p. 143. — R. G. E., 90, p. 35 et 436.

(4) R. G., 24 mars 1908, R. G. E., 68, p. 229.

(5) R. G., 8 février 1912, R. G. E., 79, p. 17.

35. Les conventions ayant pour but de remédier à la dépréciation monétaire, si catastrophale en Allemagne en 1923, et au commencement de 1924, sont excessivement nombreuses et pendant plusieurs années elles constituent la majeure partie des espèces reportées au Recueil du *Reichsgericht*. Comme il est assez compréhensible, la jurisprudence est généralement peu cohérente sur ce point au début, on peut cependant admettre que le *Reichsgericht* avait commencé par les déclarer nulles (1), surtout les conventions à caractère fortement spéculatif (2), comme contraires aux lois monétaires et à l'article 134, B.G.B. Cependant l'idée de la révalorisation se fait petit à petit et par étapes successives jour, jusqu'à la victoire complète. On admettait, dès 1921, que s'agissant d'une rente, on en pouvait modifier le montant nominal, pour arriver à sa valeur réelle initiale ; de même le *Reichsgericht* accordait-il dès la même époque, la revalorisation au cas de retard du débiteur (3), d'abord seulement aux créanciers étrangers (4) ; ensuite aux créanciers nationaux également, il est vrai, pour commencer, seulement d'une façon restreinte, en ce sens que, si des circonstances de l'es-

(1) R. G. E., 101, n° 38. — R. G. E., 102, n° 28, 68, 11. — R. G. E., 95, p. 44. — R. G. E., 102, p. 101. — R. G. E., 98, p. 18. — R. G. 99, p. 259. — R. G. E., 102, p. 240.

(2) R. G., 9 février 1923, R. G. E., 106, n° 45. En matière de rentes pour accidents professionnels, la revalorisation a été admise dès le début, R. G., 23 janvier 1923.

(3) R. G., 11 octobre 1924, R. G. E., 109, p. 61. — R. G., 5 janvier 1925, R. G. E., 110, p. 37. — R. G., 20 septembre 1927, Rspr. in Aufw. Sach., t. II, p. 708.

(4) R. G., 27 septembre 1919, R. G. E., 96, p. 262. — 16 mars 1920, J. W., 1920, p. 704.

pèce on pouvait déduire que la somme en question aurait été utilisée de façon à pouvoir échapper à la dépréciation continue de la monnaie (1) ; d'une façon plus large ensuite, en vertu de la présomption qu'un commerçant pourrait soustraire la somme à la dépréciation monétaire, en en faisant un placement dans son commerce et il incombait au débiteur de renverser par la preuve contraire cette présomption (2). C'est ensuite en matière de clause *rebus sic stantibus*. Celle-ci, constamment pratiquée pendant et surtout après la guerre, avait fini par être admise, et on reconnaissait au commerçant ou au fournisseur le droit de refuser la livraison, parce qu'elle ne pouvait plus normalement lui être attribuée, étant donné le bouleversement complet des circonstances économiques (3). Enfin, la jurisprudence va plus loin encore, et, d'où elle ne consacrait que la résolution du contrat au cas de non-exécution, elle commence à faire elle-même la majoration du prix et à en établir le taux (4). Enfin, depuis un arrêt du 28 novembre 1923 (5), et surtout depuis l'arrêt des Sénats réunis du 31 mars 1925 (6), le *Reichsgericht*, en parfait accord avec la doctrine, ne permet plus qu'un débiteur puisse se décharger de sa dette contractée dans

(1) R. G., 8 avril 1921, R. G. E., 102, p. 60. — R. G., 22 novembre 1923, R. G. E., 107, p. 212.

(2) R. G., 25 février 1925, Warn. Rspr., Die Aufwertung ausserhalb der 3 St. N. V. O., p. 17.

(3) R. G., 29 novembre 1921. — R. G., 3 février 1922. — R. G. E., 103, p. 177 et 328. — R. G., 6 janvier 1923, R. G. E., 106, p. 7.

(4) R. G., 24 septembre 1920, R. G. E., 100, p. 129. — R. G., 22 mars 1922, R. G. E., 104, p. 218.

(5) D. J. Z., 1925, p. 155. — R. G. E., 107, p. 78.

(6) D. J. Z., 1925, p. 878.

des temps meilleurs, par le paiement de la somme nominale en Marks dépréciés, mais opère lui-même la révalorisation des prestations, en attendant celle des pouvoirs publics. Du duel entre les dispositions législatives relatives à la monnaie et les articles 134, 138, 157 et 242, B.G.B., ce sont ces derniers qui finalement sont sortis victorieux ; les tribunaux allemands ont considéré que les principes des articles ci-dessus sont des principes supérieurs, auxquels on ne saurait déroger.

On ne manquera pas d'enregistrer la différence importante, qui existe sur ce point entre la jurisprudence française et la jurisprudence allemande. Les conclusions que l'on peut dégager de la première, à la veille de la loi de stabilisation, sont les suivantes : toute clause par laquelle les parties essaient de parer à la dépréciation monétaire, moyennant une stipulation dans laquelle l'obligation dépend des variations du change, est frappée de nullité. Si le débiteur cependant, a promis une obligation variable, mais que les variations ne dépendent pas uniquement des cours du change, mais par exemple de la valeur des denrées, la clause est valable. La nullité d'ailleurs, n'est encourue que dans les contrats nationaux ; dans les contrats que les tribunaux qualifient d'internationaux et qui impliquent un déplacement de valeur d'un pays à un autre, la clause est valable.

Il ne faut pas trop accuser sur ce point les tribunaux français, d'avoir pris une position rigide et formaliste et d'avoir oublié les exigences de la loyauté et de la bonne foi dans l'exécution des contrats. Ceci provient sans doute, de ce que la situation dans les deux pays, au point de vue de la dépréciation, était sensiblement différente et il est fort probable que si cette déprécia-

tion monétaire avait atteint en France l'envergure catastrophale qu'elle a eue en Allemagne, les tribunaux français auraient pris une autre position. Enfin, il est intéressant de remarquer, qu'au commencement et avant de poser en règle générale la révalorisation, la jurisprudence allemande n'écartait celle-ci que là, où la différence entre la prestation stipulée et sa valeur au moment de son exécution, n'était due qu'aux variations du change ; au contraire, elle admet la révalorisation là où l'écart est accusé non seulement à la suite de l'avilissement de la monnaie, mais aussi à la suite d'autre circonstances.

36. Très nombreux sont les arrêts ayant trait aux rapports entre patrons et ouvriers. Grève, mise à l'index et lock-out, sont considérés comme des formes de la lutte pour les salaires, intrinsèques à l'organisation économique actuelle et comme tels admissibles en principe ; ils ne sauraient fonder des prétentions tirées de l'article 826 B.G.B. (1).

Cette lutte cependant ne doit pas dégénérer ; son but est l'amélioration de la situation d'une certaine classe et non pas la destruction économique. La mise à l'index d'un ouvrier de la part d'un syndicat, peut donner lieu à des dommages-intérêts en vertu de l'article 826 B.G.B. si elle n'est pas justifiée par la conduite de l'ouvrier (2). Au contraire, la mise à l'index de sympathie, ainsi que les grèves de sympathie, sont des actes licites et par conséquent ils sont admis (3).

(1) R. G. E., 64, p. 52.

(2) R. G. E., 57, p. 418.

(3) R. G. E., 54, p. 255.

37. Des conventions d'une nature particulière, intervenaient très fréquemment entre patrons et leurs employés. On les appelait « contrats de 1.500 Marks », parce que l'employé était engagé à raison de 1.500 M. par an, mais que le patron s'obligeait de verser, en outre une somme de ... à un proche parent de l'employé, le plus souvent à sa femme. Quelle était la raison de cette convention ? C'était de soustraire le traitement de l'employé à l'emprise de ses créanciers, étant donné que ce traitement jusqu'à concurrence de 1.500 M., était insaisissable. De nombreux cas se sont présentés en jurisprudence, où les créanciers attaquent ces conventions comme ayant un but frauduleux et comme contraires aux bonnes mœurs. Le *Reichsgericht* reconnaît la validité de ces conventions en se basant sur les considérations suivantes (1) : ces conventions ont pour but d'assurer au ménage un train de vie normal et en rapport avec la situation sociale de l'employé ; elles ne sont pas contraires aux bonnes mœurs, tant que les stipulations du contrat sont réellement et sincèrement respectées, que le montant au-dessus des 1.500 M. n'est pas exorbitant et n'est pas en désaccord avec la situation et avec le train de vie auquel l'employé pourrait normalement aspirer. Au contraire, le *Reichsgericht* annule dans les cas où ces conditions ne sont pas respectées (2).

38. La liberté des enchères est un droit absolu, qui ne peut pas être entravé. N'est pas nulle une convention

(1) R. G., 3 mars 1908, R. G. E., 69, p. 59. — R. G., 28 novembre 1912, R. G. E., 81, p. 41.

(2) J. W. 1913, p. 689.

entre entrepreneurs, tendant à l'élimination des soumissions irréelles et dangereuses. Au contraire, il y aurait nullité, au cas où, ayant assuré à des entrepreneurs que l'offre minimale sera prise en considération, l'un d'eux fera une offre minimale, que les autres surenchériront et que le moins prenant payera aux autres, après partage du supplément, la somme de 3.000 M. (1). Il y aura nullité également, au cas où des entrepreneurs prenant part à une soumission, conviennent que chacun d'eux aura à ajouter un supplément à son offre (2).

39. Le principe de la chose jugée et les effets qu'on attache à un jugement passé en force de chose jugée, sont-ils intangibles, ou bien doivent-ils s'effacer devant le respect des bonnes mœurs au cas où les moyens de la procédure seraient caducs ? De nombreuses espèces se sont présentées en jurisprudence, s'agissant de décisions de justice obtenues par une attitude contraire aux bonnes mœurs et passées, pour une cause ou pour une autre, en force de chose jugée. Le *Reichsgericht* n'hésite pas à écarter les dommages matériels que ce jugement pourrait causer, entièrement approuvé d'ailleurs sur ce point par la majorité des auteurs. Dans telle espèce, le demandeur avait exigé en justice le paiement d'une obligation usuraire, et sous la menace de faire vendre aux enchères un immeuble appartenant à la femme du défendeur, avait empêché celui-ci d'opposer l'exception tirée de l'usure, et avait obtenu ainsi un jugement passé en force de chose jugée (3) ; dans une autre espèce le

(1) Seuff. Arch., 63, p. 450.

(2) Recht 1909, n° 1650.

(3) R. G. E., 30, p. 142.

créancier profite de l'absence du débiteur, pour obtenir contre lui un jugement en contumace (1), ou encore il s'attribue gain de cause grâce à un faux serment (2). Le *Reichsgericht* se fonde principalement sur le respect des bonnes mœurs, pour écarter les dommages matériels résultant pour le défendeur de ces jugements. Tout en approuvant l'attitude de la Cour suprême, on a critiqué son manque de justification, considérant que ses arguments, tirés presque uniquement plutôt d'un esprit d'équité, que d'un raisonnement proprement juridique, auraient besoin d'être révisés et renforcés. Il n'en est pas moins vrai que cette jurisprudence est constante.

40. Les contrats passés dans le but de susciter des tiers à la débauche, sont sans doute contraires aux bonnes mœurs et partant radicalement nuls. Si l'administration accorde des autorisations pour l'exploitation d'une maison ayant pour objet une telle industrie, ce n'est qu'une simple tolérance et les conventions relatives à cette industrie, ne sauraient nullement jouir pour cela d'effets civils. La vente d'une maison de tolérance est considérée par la jurisprudence comme nulle (3), et ceci à la fois à raison de son objet, qu'à raison du but poursuivi par les parties, à savoir de continuer l'exploitation de cette maison comme maison de tolérance (4). Est-ce à dire que si un contrat de vente est nul, est éga-

(1) R. G. E., 61, p. 359. — J. W., 1905, p. 234.

(2) R. G. E., 46, p. 75.

(3) R. G., 5 février 1908, R. G. E., 68, p. 97. — D. J. Z. 1910, p. 77. — J. W. 1911, p. 210.

(4) R. G. E., 56, p. 230. — R. G. E., 63, p. 350.

lement nulle la convention sur le transfert de la propriété ? Le *Reichsgericht* le nie ; une pareille convention ne saurait être nulle et on tire argument à l'appui de cette affirmation des caractères généraux de l'acte abstrait, ainsi que de l'article 817 B.G.B. qui, en admettant qu'il y aura, ou non, répétition (et non pas revendication), prouve que la propriété a été transférée (1). Une question très pratique et très importante se pose alors : quel est le sort d'une hypothèque consentie sur un immeuble servant comme maison de tolérance ou sur d'autres immeubles, tout court, en vue de garantir les prétentions que l'on pourrait avoir contre le teneur d'une maison de tolérance, soit à raison de la vente de cette maison, soit à raison d'un prêt consenti en vue de son exploitation, soit enfin, à raison de la vente de matériel destiné à servir à son exploitation ? La pratique montrait pendant longtemps à cet égard une fâcheuse incertitude. Inspirés des développements de Dernburg (2), qui considérait ces hypothèques nulles, les tribunaux inférieurs (3) avaient commencé par les annuler également. Le *Reichsgericht* ne s'est pas engagé dans cette voie ; depuis un arrêt du tribunal de Leipzig, confirmé par le Cinquième Sénat, (les chambres du *Reichsgericht* s'appellent « Sénat »), du *Reichsgericht* dans un arrêt de principe (4), étant considéré que la constitution d'hypothèque est un acte abstrait, elle est indépendante de la convention causale et ne

(1) R. G., 17 décembre 1910, R. G. E., 75, p. 68.

(2) Bürgerliches Recht, t. I, § 127.

(3) L. G. Dessau, 28 août 1905.

(4) R. G. E., 63, p. 197. — R. G., 23 avril 1913 *Seuf. Arch.* 69, n° 47.

saurait en subir le sort. Cette opinion a été depuis presque constamment appliquée par le Cinquième Sénat ; le Deuxième Sénat qui a eu l'occasion de se prononcer sur quelques espèces, prend à cet égard une position infiniment plus juste ; dans une espèce (1) qu'il a eue à juger, et dans laquelle le propriétaire d'une maison de tolérance voulait garder et l'immeuble qu'il avait acheté et le restant du prix qu'il devait encore à raison de cet achat, en invoquant la nullité de l'hypothèque comme contraire aux bonnes mœurs, le Deuxième Sénat estime que « ... le réclamant demande trop, quand il veut être libéré de son obligation et garder, en même temps, ce qu'il a acquis d'une façon immorale... qu'une pareille attitude ne saurait être protégée par la loi... » et l'écarte par l'*exceptio dolis generalis*.

Qu'en est-il des conventions qui n'ont pas directement pour objet les maisons de tolérance, mais qui se trouvent en relation étroite avec leur exploitation : le prêt consenti en vue de l'achat d'une pareille industrie, ou la vente de denrées alimentaires et de boissons ? A cet égard, le *Reichsgericht* a fait preuve de beaucoup de compréhension ; si dans ces cas, il prononce en règle générale la nullité de la convention (2), il pèse très consciencieusement la moralité des parties : dans telle espèce (3), où le prêteur ne tirait absolument aucun bénéfice d'un prêt consenti en vue de l'acquisition d'une maison de tolérance, la convention a été déclarée valable ; au contraire, est nulle la convention, par laquelle quelqu'un s'assurerait la fourniture de denrées et de boissons

(1) R. G. E., 71, p. 432.

(2) O. L. G. Dresde, Recht 1906, p. 47. — J. W., 1906, p. 331.

(3) R. G., 2 avril 1906, Seuff. Arch. 61, n° 239.

et stipulerait une commande minimale, sous peine d'une somme de dédit considérable (1) ; de même est déclaré nul un contrat de société, ayant pour but l'exploitation de deux immeubles comme maisons de tolérance et réalisant ainsi des bénéfices infiniment plus grands que ceux que ces immeubles auraient rapportés, si on les avait exploités d'une façon normale (2).

En droit français nous avons sensiblement la même situation. La jurisprudence déclare nulle la vente ou la location d'un immeuble affecté à l'installation d'une maison de tolérance ; elle annule également le prêt qui a été consenti pour l'achat ou l'exploitation de ces maisons, les fournitures de meubles ou de boissons au tenancier de ces établissements, ainsi que le louage de services domestiques. Pourtant, la jurisprudence semble s'arrêter là ; elle considère que, si dans le contrat on peut ne faire aucune espèce d'allusion à cette exploitation, le contrat est valable, encore qu'il porte sur l'immeuble servant à l'exploitation de cette industrie illicite. Ainsi par exemple, ont été déclarés parfaitement valables les contrats ayant pour objet la réparation de l'immeuble ou l'assurance de l'immeuble, parce que l'objet du contrat était dans ce cas l'immeuble lui-même et non pas son exploitation.

41. Les conventions entre époux sont excessivement nombreuses et variées, pouvant se référer aux objets les plus divers. Celles qui sont condamnées par la jurisprudence, le sont surtout comme contraires aux bonnes

(1) R. G., 21 janvier 1903, J. W., 1903, p. 41.

(2) NEUMANN, R. G. 1912, p. 190.

mœurs et, quelquefois, comme contraires à une prohibition légale.

Un contrat de travail rémunéré, est-il admissible entre époux ? Principiellement il semble que non et c'est bien là l'opinion de l'Office des assurances allemand, qui, arguant qu'un pareil contrat est contraire à la vocation morale du mariage, refuse à un mari qui travaillait au service de sa femme, l'indemnité d'assurance (1). Les opinions sont assez différentes, il y a des auteurs, et non des moindres, qui déclarent ces contrats comme parfaitement valables (2). Si la situation peut se comprendre quand il s'agit de la femme, elle est plus compliquée quand il s'agit — comme dans l'espèce ci-dessus — du mari, qui est tenu envers sa femme par un contrat de travail. Et cependant, la situation peut parfaitement bien se présenter, on n'a qu'à imaginer une épouse qui apporte en mariage un fond de commerce ou un fond d'industrie, dans lesquels le mari avait figuré comme employé. La tendance générale de la jurisprudence est plutôt d'admettre ces conventions (3), seulement faut-il que ce rapport de travail existe effectivement et que ce ne soit pas seulement un moyen de fraude ; dans ce cas ces conventions seraient nulles, soit pour atteinte aux bonnes mœurs (4), soit en y voyant un acte simulé conclu dans le but de frauder des tiers.

Peut-on par convention viser la communauté conju-

(1) D. J. Z., 1899, p. 22.

(2) CROME, *op. cit.*, IV, § 651, note 7. — DERNBURG, *op. cit.*, § 3, p. 106. — PLANCK, *op. cit.*, IV, p. 95. — STAUDINGER, *op. cit.*, § 1356.

(3) J. W. 1903, p. 140. — *Ibid.*, 1913, p. 1161. — D. J. Z., 1915, p. 818.

(4) Seuff. Arch., 69, n° 31.

gale, entendu dans son sens le plus large ? L'article 1353 B.G.B. a élevé toutes les obligations morales résultant de la communauté conjugale au rang de règles juridiques, on ne saurait plus en créer, les étendre ou les modifier par convention.

Ainsi tout particulièrement, sont radicalement nulles toutes les conventions qui auraient pour but le fléchissement de la fidélité conjugale (1) ; de même les conventions sur la suppression ou la limitation des rapports sexuels, ou encore celles qui auraient pour but d'empêcher la conception. En est-il toujours ainsi cependant, en ce qui concerne ces dernières ? Il semble qu'on ne peut pas l'affirmer en règle générale, parce que on peut très bien imaginer des cas où il serait particulièrement dangereux pour les époux, ou pour l'enfant à naître, que de procréer ; ainsi par exemple dans une espèce qui s'était présentée, et où il s'agissait d'une épouse gravement malade, le *Reichsgericht* affirme, qu'elle ne saurait être obligée aux rapports sexuels, si de ces rapports ou de la grossesse qui pourrait en résulter, il y a lieu de redouter un grave danger pour la santé et la vie de cette épouse (2).

Supposons des contrats qui auraient pour but le maintien de la fidélité conjugale ou l'accomplissement des devoirs conjugaux, sont-ils valables ? Nous ne le pensons pas, même s'ils sont désintéressés — et en pratique ils ne le sont jamais —, et la jurisprudence également est unanime à les condamner (3).

Sont nulles en principe, les conventions ayant pour but d'ôter ou de modifier le droit de décision qui appartient

(1) Seuff. Arch. 44, p. 106.

(2) J. W., 1908, p. 28.

(3) Gruch 52, p. 354.

au mari. Une convention cependant, par laquelle le mari s'oblige de choisir un domicile (1) — plus en conformité avec les intérêts économiques du ménage (à proximité du bureau de la femme par exemple), est parfaitement valable (2).

Qu'en est-il des conventions ayant pour but de déterminer la religion dans laquelle l'enfant sera élevé ? Là-dessus, nous trouvons, en droit Civil allemand une disposition particulière, très sage au point de vue politique, dans un état à pluralité de religions : la Loi d'introduction du B.G.B., abandonne la solution de cette question aux législations particulières des différents pays et il y en a qui proclament la liberté de ces conventions, tels les états de Bavière, du Wurtemberg et de Prusse. Quant aux conventions sur l'éducation à donner aux enfants, intervenues entre parents séparés ou divorcés, la jurisprudence est très peu homogène ; il y a des espèces où elles sont admises (3), il y en a d'autres où celles sont déclarées nulles (4).

Les conventions ayant pour objet le divorce ou ses conséquences sont très nombreuses et ont donné lieu à des arrêts très importants. Faut-il les annuler ? Il faut distinguer les conventions ayant pour but d'empêcher le divorce et celles tendant à le faciliter. Quant aux premières, il semble que lorsqu'elles visent la renonciation d'avance à tout motif de divorce, sans que celui-ci se soit encore présenté concrètement, elles sont nulles ; mais,

(1) Des arrêts prononcent généralement la nullité de cette convention. Seuff. Arch., 44, p. 189. — *Ibid.*, 46, p. 198.

(2) Recht, 1905, n° 2680. — *Ibid.*, 1908, n° 2188.

(3) Seuff. Arch., 33, n° 313.

(4) R. G. E., 17, p. 129. — Gruch., p. 15.

quand il s'agit de conventions portant sur des motifs de divorce déjà existants matériellement, l'article 1570 B.G.B proclame que l'époux innocent peut « pardonner » et la jurisprudence admet qu'il peut à plus forte raison renoncer par convention à les invoquer, même avant d'avoir usé de son droit de pardon (1) ; il pourra le faire, à plus forte raison, après. Est valable encore la convention, par laquelle on s'oblige de ne pas se prévaloir pendant un certain délai des motifs de divorce ; on ne peut pas cependant stipuler, que le divorce serait prononcé d'après le rite mosaïque (2).

Les conventions tendant à faciliter le divorce sont nulles et ceci est facile à comprendre. Le mariage est une institution d'une haute portée sociale, politique et morale, et la loi ne saurait admettre qu'avec beaucoup de précautions sa destruction. Les conventions y contraires sont nulles pour atteinte aux bonnes mœurs (3). Est nul un contrat par lequel le mari, dans le désir d'épouser une maîtresse, assure à son épouse une rente viagère dans le dessein de la faire consentir au divorce (4), — de même, qu'est nul un contrat, par lequel on règle d'avance la pension alimentaire pour le cas du divorce, si par là on tend à faciliter le divorce (5). Il en est de même de la convention, par laquelle on invente des motifs de divorce fictifs, ou par laquelle on s'oblige de faire dans l'instance des déclarations mensongères (6), et ceci parce que la

(1) J. W., 1915, p. 148. — D. J. Z., 1918, n° 9-10.

(2) R. G. E., 57, p. 250.

(3) Recht, 1913, p. 16. — *Ibid.*, 1916, n° 1063.

(4) Recht 1908, p. 2.

(5) Warn., 350, n° 386.

(6) Recht, 1912, n° 2268. — Seuff Arch., 67, n° 193.

législateur allemand, dans l'article 1574 B.G.B., attache une grande importance au fait de savoir contre qui le divorce devra-t-il être prononcé ; une convention tendant dès lors, de rejeter d'une façon artificielle la responsabilité sur l'un ou l'autre des époux, est nulle de droit. Toujours en matière de divorce, sont nulles les conventions tendant à faire attribution de compétence, mais non pas celles tendant à abréger la procédure (1) ; est nulle la convention portant renonciation aux voies de procédure, même si cette renonciation est intervenue après le jugement, parce que contraire aux articles 134 138, B.G.B. et 617, 622 Z.P.O. (2). Il en sera ainsi à plus forte raison, si la convention est intervenue avant le jugement, ou si elle a été conclue dans le but de faciliter le divorce.

42. Il semble que la jurisprudence ne saurait admettre le fléchissement des bonnes mœurs en temps de guerre ; elle y fait appel, pour adoucir des règles techniques, en considération de l'intention hautement louable, ayant inspiré certains actes juridiques. Ainsi par exemple, on admet qu'un tuteur, qui normalement ne peut pas faire dons des biens du pupille, pourra contribuer valablement de ces biens à des œuvres de bienfaisance, destinées aux hôpitaux militaires ou au soulagement des blessés de guerre ; ainsi — lui qui est tenu de faire des placements sûrs — pourra-t-il signer aux différents emprunts de guerre (3).

Au commencement de la guerre et jusqu'à un décret de juillet 1915 qui a réglé la situation, le *Reichsgericht* s'est

(1) R. G., 5 janvier 1928, Warn., 69.

(2) R. G. E., 118, p. 171.

(3) D. J. Z., 1916, p. 466.

trouvé en présence d'une foule de conventions aux contre-prestations exagérées, justiciables des articles 138 et 826 B.G.B. Le *Reichsgericht* affirme avec fermeté qu'il est profondément immoral, que de tirer profit de la situation tragique dans laquelle le pays se débat. Ainsi, dans l'arrêt du 9 novembre 1915 (1), il s'agissait d'une convention intervenue entre une association de commissionnaires en bestiaux et les commissionnaires, aux termes de laquelle les délais habituels de crédit, allaient être sensiblement réduits ; le *Reichsgericht* annule, en motivant qu'il est contraire aux bonnes mœurs de spéculer en temps de guerre sur les marchands de bestiaux et ceci indifféremment du bénéfice qui aurait pu en résulter.

(1) J. W., 1916, p. 114.

DEUXIÈME PARTIE

**LES CONSÉQUENCES
DES CONVENTIONS IMMORALES**

43. Nous avons vu dans notre Première Partie quel sens il convient de donner à la notion des bonnes mœurs, comment on devra procéder pour les dépister dans les obligations conventionnelles et quelle extension le législateur et la jurisprudence leur donnent-ils. Dans la Deuxième Partie, nous allons envisager les conséquences de l'atteinte aux bonnes mœurs. Aussi, cette partie aura-t-elle un caractère autrement technique que la première, parce que si dans celle-là, nous n'avons pas trouvé de différences notables en dernière analyse — malgré quelques différences dans la codification et dans la conception qui y a présidé — dans la jurisprudence, les problèmes que nous pose la Seconde Partie et la façon dont ils sont résolus, nous mettent en face d'un certain nombre de questions, que nous ne connaissons pas en droit français, ou qui ne s'y posent pas de la même façon. Ceci tient surtout à l'introduction dans le Code allemand de l'acte abstrait. En effet, si la nullité est la même dans les deux codifications, la nullité absolue, avec ses conséquences quant à l'invocabilité, à la confirmation, à la prescription etc, la notion de l'acte abstrait fait qu'il y aura un certain nombre de particularités, très importantes, quant à la question de savoir par exemple, s'il y aura revendication, ou si les parties devront se contenter d'autres moyens juridiques, pour établir l'état de choses antérieur à l'acte juridique frappé de nullité.

Il en résulte que cette Partie aura la division suivante : dans un premier chapitre, nous allons envisager la nullité

et son étendue ; dans un deuxième chapitre, nous verrons l'action en répétition et les obstacles à la répétition (art. 817 B.G.B.) ; enfin, dans un troisième chapitre, nous parlerons de l'action en réparation des dommages causés par un acte contraire aux bonnes mœurs (art. 826, B.G.B.).

CHAPITRE PREMIER

LA NULLITÉ ET SON ÉTENDUE

Nous allons à son tour, diviser ce chapitre en deux sections, l'une consacrée à la nature de la nullité, l'autre à ses conséquences, spéciales au droit allemand et en bonne partie grandement discutées.

SECTION I. — NATURE DE LA NULLITÉ

44. En droit civil français (1), aux termes de l'article 1131, faisant application du principe général exprimé dans l'article 6 C. civ., l'obligation illicite, donc celle contraire aux bonnes mœurs également, « ne peut avoir aucun effet », ce qui revient à dire qu'elle est nulle de nullité absolue. Celle-ci pourra être invoquée soit par voie d'action, quand l'une des parties prend l'initiative et demande avant toute exécution la nullité, soit par voie d'exception, quand l'une des parties exige l'exécution de l'obligation et que l'autre partie excipe de l'immoralité de

(1) J. OLIVIER, De la sanction des obligations illicites et immorales, *Thèse Paris* 1904. — T. IONASCO, *op. cit.*

celle-ci, pour s'y soustraire. Cette nullité entraîne les conséquences suivantes : elle pourra être prononcée d'office, mais tout intéressé pourra aussi bien la demander dans n'importe quelle phase de la procédure ; puisque l'ordre public est intéressé, le Ministère public peut intervenir pour demander au tribunal la nullité, fait qui arrive assez rarement d'ailleurs, en pratique ; ensuite et pour la même raison, le tribunal peut s'en saisir d'office et alors même que le défendeur n'aurait pas conclu, au mal-fondé de la demande en exécution. Elle n'est susceptible ni de ratification, ni de confirmation, expresse ou tacite, car on ne peut pas confirmer le néant. Enfin, question bien peu pratique, parce qu'on aura toujours d'autres moyens pour garder les avantages tirés d'un acte contraire aux bonnes mœurs, l'action en nullité est sujette d'après la jurisprudence, à la prescription trentenaire.

45. De ces points de vue, la situation n'est pas bien différente en droit civil allemand. Un acte contraire aux bonnes mœurs y est également nul d'une nullité absolue, invocable par conséquent par tout intéressé, par les parties, aussi bien que par un tiers (1). On avait cependant discuté le droit du débiteur d'opposer l'exception à l'exécution d'une convention contraire aux bonnes mœurs ; le *Reichsgericht* le lui reconnaît et à juste titre, en faisant valoir que le créancier n'a aucun droit du chef de la convention sur le patrimoine du débiteur et que par conséquent il ne saurait, du fait de l'exception, subir aucun préjudice. Où le *Reichsgericht* cependant exclut le droit du débiteur de se prévaloir de la nullité, c'est au

(1) R. G. E., 48, p. 296. — R. G. E., 57, p. 95.

cas, où celui-ci en serait exclu par la force même des choses, à savoir que selon l'article 794 Z.P.O., le débiteur ne saurait se prévaloir d'un moyen, dont le créancier est dépourvu du fait d'un jugement passé en force de chose jugée, obtenu contre le débiteur. Dans l'espèce du 17 mars 1908, (1), les faits étaient les suivants : le demandeur avait obtenu un jugement passé en force de chose jugée contre le défendeur, qui, à la suite, s'était avéré insolvable; le demandeur se tourne alors contre une Société qui, prétendait-il, avait recueilli le patrimoine du premier défendeur manifestement dans le but de le soustraire aux créanciers. Le *Reichsgericht* fait remarquer que le défendeur ne saurait invoquer l'exception qui a été invoquée par le débiteur même, dans le procès intenté contre lui et qui avait abouti déjà à un jugement passé en force de chose jugée.

La nullité pourra être déclarée d'office (2) et ne sera susceptible de confirmation, à moins que ce ne soit dans les termes de l'article 141 B.G.B., dans quel cas cette « confirmation » devra consister dans la réfection totale de la convention, moins l'élément immoral, bien entendu (3) ; et dans ce cas, s'agissant d'un contrat, les parties devront, conformément à l'alinéa deux de l'article 141, ce qu'elles auraient dû, si la convention avait été valable dès le début, si leur volonté n'indique pas le contraire ; cette règle d'interprétation est une exception au principe que la confirmation n'a pas d'effet rétroactif, aussi les droits des tiers qui, entre temps, auraient compté

(1) R. G. E., 68, p. 38.

(2) Cf. cependant D. J. Z., 1911, p. 159.

(3) R. G. E., 64, p. 146. — Seuff. Arch., 77, n° 57. — Recht, 1922, p. 404.

sur la nullité, sont-ils sauvegardés (1). Il ne faut pas croire que la nullité puisse disparaître du fait de la disparition ultérieure du caractère immoral ; ceci était expressément dit dans le Premier Projet (2), mais on ne saurait, de son absence dans le texte définitif, tirer des conclusions contraires.

Si la nullité recouvre l'obligation principale, il en est de même des accessoires, de certaines garanties réelles ou personnelles ; une lettre de change signée par la femme du débiteur en cautionnement de l'obligation assumée par celui-ci est nulle, si la convention principale est nulle elle-même pour atteinte aux bonnes mœurs (3). Il en est de même, selon l'article 344 B.G.B de la clause pénale. Que faut-il cependant décider quand c'est une partie seulement de l'acte juridique qui se trouve frappée de nullité ; l'acte sera-t-il nul dans la totalité ? Dans ce cas il y a lieu d'appliquer l'article 139 B.G.B. qui suppose un acte juridique complexe, composé de plusieurs déclarations de volonté, ou même de plusieurs actes juridiques qui pourraient chacun revêtir une existence indépendante, mais qui réunis forment un tout ; — comme par exemple le bail d'un immeuble et l'achat de l'inventaire, ou un contrat de prêt avec la convention portant sur les intérêts, ou encore la convention par laquelle le mari et la femme passent un contrat de louage (4) ; en allant plus loin, on peut imaginer dans le même ordre d'idées, la convention accompagnée d'actes matériels, tels que la tradition, quand il s'agit de choses mobilières, de la transcription

(1) STAUDINGER, *op. cit.*, § 141, 6, p. 593. — R. G. E., 75, p. 114.

(2) Art. 109.

(3) J. W., 1909, p. 131.

(4) R. G. E., 71, p. 201. — Seuff. Arch., 65, p. 434.

burg, c'est quant aux conséquences qu'il en tire : « il ne s'ensuit pas que la revendication soit admise au cas où il y a eu transfert de possession. Le transfert de possession est neutre, comme dit Kohler. Si A voulait revendiquer sa montre de B, il devrait prouver la nullité de l'acte de transfert de propriété et avoir recours à cet effet à sa propre immoralité (1) ».

Nous pouvons citer encore comme défendant la même opinion, Klingmüller (2) et à certains égards, Brütt (3).

52. En dehors de ces deux opinions, extrêmes, il y a un certain nombre d'opinions intermédiaires. Celles-ci partent, soit de la prémisse que l'acte abstrait suit le sort de la convention causale, soit que l'acte abstrait en est indépendant, mais ou bien elles n'en tirent pas toutes les conséquences, ou bien elles trouvent des raisons juridiques tirées de textes spéciaux, pour modifier ou atténuer les conséquences qui devraient en découler.

Dans la première catégorie il faut citer Neubecker et Brütt ; nous avons vu que ce dernier est partisan de la nullité, parce que l'acte abstrait est un excellent moyen pratique, mais étant une simple création de la technique juridique, il doit se soumettre à ce principe « d'ordre social et politique » qu'est le respect des bonnes mœurs. Mais quant à en tirer les conséquences, Brütt distingue les transferts patrimoniaux effectifs et les transferts patrimoniaux idéaux (4). Il s'agit d'un transfert effec-

(1) *Ibid.*, p. 70.

(2) *Der Begriff des Rechtsgrundes*, p. 85 à 115.

(3) *Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht*, p. 136 et suiv.

(4) *Op. cit.*, p. 141.

tif, quand l'acte abstrait crée une situation de fait, tel le transfert de la propriété à la suite de l'acte de transfert ; il s'agit de transfert idéal, lorsqu'une prétention abstraite a été fondée, ou lorsqu'un bien ne pourrait être transféré que par le constitut possessoire. Dans le premier cas, Brütt refuse la revendication (comme Neubecker, d'ailleurs) si le demandeur est obligé à cet effet de s'appuyer sur sa propre immoralité, et ceci arrive quand l'immoralité existe des deux côtés ou quand elle est imputable seulement au solvens. La justification qu'il en donne, diffère de celle donnée par Neubecker : la revendication ne peut être admise dans une mesure plus large que la condition de l'article 817 B.G.B. (1). Dans le cas du transfert idéal, il donne toujours la revendication, quoiqu'il éprouve quelque incertitude devant les dispositions des articles 656 et 762 B.G.B. (2).

Planck et Enneccerus prennent le point de départ opposé. Ils trouvent cependant une atténuation considérable à la théorie de l'indépendance dans l'article 139 B.G.B. Si l'acte abstrait a été de telle façon lié à la convention causale, qu'on peut les considérer comme formant un tout, et si la convention causale se trouve être annulée pour immoralité, on pourra de par l'article 139 conclure à la nullité du tout (3).

53. Ayant constaté la complète discordance qui dans la doctrine règne sur cette question, tournons-nous du côté de la jurisprudence. Hâtons-nous de déclarer tout

(1) *Op. cit.*, p. 140.

(2) *Op. cit.*, p. 141.

(3) ENNECERUS, *op. cit.*, t. I, § 178, t. II, p. 451 à 11. — PLANCK, *op. cit.*, t. I, § 138.

de suite que l'unanimité de vues est loin d'être faite ici encore, quoique la jurisprudence s'efforce d'être le plus possible le miroir d'une doctrine déterminée. On semble à peu près d'accord pour admettre qu'en matière d'actes tout simplement (1) contraires aux bonnes mœurs, l'acte abstrait du droit des biens est indépendant de la convention qui lui sert de cause ; et encore ceci n'est vrai que pour le *Reichsgericht*, parce que les *Oberlandesgerichte* ont essayé à maintes reprises de faire triompher le point de vue contraire (2). Au *Reichsgericht*, c'est le Cinquième Sénat, qui, — ayant à juger sur les actes portant transfert de propriété et surtout constitution d'hypothèques en matière de maisons de tolérance, — a eu le plus souvent l'occasion de se prononcer sur les articles 138 et 817 B.G.B., et où la théorie de la séparation est le plus nettement affirmée. Ce Sénat part de la constatation que l'achat d'une maison de tolérance est en règle générale un acte nul comme contraire aux bonnes mœurs, maintient cependant le transfert de propriété, parce qu'il considère la dessaisine (*Auflassung*) comme un acte abstrait et indépendant de sa cause. Il décide de même quant au paiement du prix. Etant donné que les deux parties ont contrevenu aux bonnes mœurs, il résulte de l'article 817 B.G.B. que ni le vendeur, ni l'acheteur ne pourront récupérer leurs prestations ; mais les prestations non accomplies ne sont pas dues. Si le vendeur a vendu à crédit, il a perdu son bien et il n'aura pas le prix de la vente, même si pour cela il a pris une hypothèque sur les biens qu'il a vendus, parce

(1) Ceci par distinction d'avec les actes lésionnaires, où la jurisprudence prend une position différente.

(2) O. L. G. Cassel II, p. 303. — O. L. G., 13, p. 321.

que l'hypothèque prise en sûreté d'une convention nulle, se transforme en vertu de l'article 1163 B.G.B. en dette foncière sur la tête du propriétaire du bien grevé. Les autres Sénats, dans la mesure où ils ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question, partagent en principe le point de départ du Cinquième Sénat, tout en essayant d'en atténuer dans la mesure du possible les conséquences.

La majorité des espèces nous est fournie par des litiges relatifs à des maisons de tolérance ; considérablement moins nombreuses sont les conventions lésionnaires auxquelles nous consacrerons des développements à part, à cause du caractère spécial que la jurisprudence leur attribue ; enfin quelques autres espèces contraires aux articles 134 et 138 B.G.B. à la fois, parmi lesquelles il faut citer, comme formant un type indépendant et assez fréquent, le « *Kastellanvertrag* ».

Le Cinquième Sénat, avait commencé par déclarer nulle une hypothèque prise en vertu d'une convention lésionnaire (1). C'est la première espèce qu'il ait eu à juger à ce sujet et dont les faits étaient les suivants : le demandeur attaquait la validité d'une hypothèque, constituée sur la base d'une convention lésionnaire ; le défendeur avait prêté au demandeur une somme de 150.000 M., sous condition de lui acheter au prix de 380.000 M. un parc qui, en réalité, n'en valait que 80.000 M. et de lui consentir de ce fait une hypothèque. Les deux premières instances avaient déclaré l'hypothèque valable ; le *Reichsgericht* déclare que la constitution d'hypothèque est faite à propos d'un acte lé-

(1) R. G., 22 janvier 1896, R. G. E., 36, p. 308.

sionnaire, et que par conséquent elle est soumise aux mêmes conséquences juridiques que ce dernier, donc nulle (1).

Cette façon de voir a été reproduite par le même Sénat, sinon dans sa conception, au moins dans ses effets, dans l'arrêt du 2 février 1901 (2) dont les faits très intéressants, étaient les suivants : un employé de la *Reichsbank*, avait soustrait un certain nombre de banknotes et en avait acheté des valeurs dont il a fait cadeau à son amie. La *Reichsbank* fait opposition, en quoi l'amie de l'employé et possesseur des valeurs, l'assigne en justice pour la libération de ces valeurs. Le *Reichsgericht* estime que, au cas où le défendeur (la *Reichsbank*) pourrait faire la preuve que les valeurs dont il s'agit ont réellement été achetées avec les banknotes soustraites, le don manuel et le transfert de propriété seraient nuls.

Le Cinquième Sénat revient brusquement sur cette jurisprudence à propos d'une hypothèque constituée à l'occasion de la vente d'une maison de tolérance. C'est l'occasion pour le Cinquième Sénat de se prononcer d'une façon principielle sur le rapport entre l'acte causal et l'acte abstrait portant transfert ou constitution de droits réels. Voici ce que nous dit le *Reichsgericht*, Cinquième Sénat, dans son arrêt du 21 avril 1906 (3) : Après avoir réfuté l'argumentation du Septième Sénat, qui le 19 février 1904 (4) avait rendu un arrêt tendant à défendre et à démontrer le lien de dépendance entre

(1) *Ibid.*, p. 314.

(2) R. G. E., 48, p. 293.

(3) R. G. E., 63, p. 179.

(4) R. G. E., 57, p. 95.

l'acte causal et l'acte abstrait et la nullité de ce dernier alors que l'acte causal serait lésionnaire, en affirmant que ceci ne saurait être exact qu'en matière de lésion, le Cinquième Sénat continue en ces termes : « les actes abstraits en matière de constitution de droits réels (par exemple tradition, déssaisine) ont été construits par le Code civil, de façon à contenir en eux-mêmes, le pouvoir de produire des effets (par exemple le transfert de propriété)... On appelle ces actes, des actes abstraits, dans ce sens qu'ils se suffisent à eux-mêmes, qu'ils trouvent bien leur fondement dans l'acte causal, mais qu'ils n'en retiennent aucun élément quant à leur validité » (1).

D'ailleurs, continue l'argumentation, la théorie de la dépendance est en contradiction avec l'article 817 B.G.B., et la haute instance reproduit à ce propos, les arguments que nous avons vus ci-dessus, chez les partisans de la doctrine de l'indépendance. Comme conséquence, l'hypothèque demeure valable, seulement on ne pourra pas la faire valoir, parce que l'article 817, 2 s'y oppose. On a adressé une objection très grave à cette décision du Reichsgericht, à savoir qu'elle s'arrête à mi-chemin et qu'elle méconnaît l'article 1163 B.G.B. aux termes duquel « Si la créance pour laquelle l'hypothèque a été constituée n'a pas pris naissance, l'hypothèque appartient au propriétaire. Si la créance s'éteint, le propriétaire acquiert l'hypothèque. » Le *Reichsgericht* a manifestement reculé devant cette conséquence, de cumuler sur la tête de l'acquéreur malhonnête, et la propriété du bien vendu et l'hypothèque transformée en dette foncière. L'argumen-

(1) R. G. E., 63, p. 184 à 185.

tation du Cinquième Sénat, pour éviter l'application de l'article 1166, B.G.B. est assez embarrassée, parce que celui-ci s'impose en bonne logique, le *taxe* est clair ; le *Reichsgericht* pourtant invoque les motifs que voici : si la condition est écartée, de par l'article 817, 2 B.G.B. parce que le solvens a agi d'une façon contraire aux bonnes mœurs, elle est écartée également pour l'accipiens, comme ayant à son tour agi d'une façon contraire aux bonnes mœurs, et dès lors on ne saurait arriver à un résultat exactement contraire, ce qui serait le cas si on appliquait l'article 1163. C'est une opinion très juste par ses résultats, mais il n'en est pas moins vrai que la Cour Suprême écarte un article clair et net, et dont l'application s'impose.

Le Cinquième Sénat a très bien vu cette objection et, encouragé par une partie de la doctrine (1), il pousse cette fois son système jusqu'au bout ; dans son arrêt du 5 février 1908 (2) il arrive à ce résultat, que d'aucuns qualifient de réellement extraordinaire, de réunir sur la même tête, et la propriété et l'hypothèque transformée en dette foncière. Les faits de cette espèce étaient à peu de chose près, les mêmes que tout à l'heure : le demandeur avait aliéné un immeuble, devant servir à l'exploitation d'une maison de tolérance et avait pris pour le restant du prix une hypothèque sur l'immeuble vendu. Le demandeur poursuit la réalisation de son hypothèque, à quoi le défendeur lui répond qu'elle est nulle, comme étant contraire aux bonnes mœurs. Cette espèce donne encore l'occasion au Cinquième Sénat de disserter longuement sur la nature de l'acte abstrait et de déclarer fina-

(1) D. J. Z., 1907, p. 454 avec note de Lenel.

(2) R. G. E., 68, p. 97.

lement, que si l'hypothèque a été constituée valablement, malgré la nullité de la convention causale, le demandeur ne pourrait pas s'en prévaloir, parce que conformément aux articles 1163 et 1177B, G.B., elle se transforme en dette foncière sur la tête de l'acquéreur (1). Les mêmes arguments sont reproduits dans d'autres décisions (2), et surtout dans l'arrêt du 9 mars 1918 analysé si judicieusement par Rumpf (3). Le Cinquième Sénat, défend dans ce dernier arrêt son point de vue d'une façon particulièrement nette et en des termes très catégoriques. « Un contrat réel, dit-il, peut reposer sur une cause immorale, mais étant donné qu'il a exclusivement pour but une modification juridique (*Rechtsänderung*) un pareil contenu ne peut apparaître comme immoral », — et il reproche au Tribunal d'appel de ne pas s'être affranchi de son habitude de mettre sur un pied d'égalité, au point de vue de l'atteinte aux bonnes mœurs, l'acte réel et l'acte causal (4). Le résultat de cette attitude est le suivant : Si le vendeur a eu la malheureuse inspiration de vendre à crédit et de se faire consentir une hypothèque pour le prix, il ne pourra pas répéter son bien et il ne pourra pas faire valoir son hypothèque ; au contraire l'acheteur est propriétaire de l'immeuble, il n'en paiera plus le prix, et l'hypothèque ne sera pas non plus exécutoire contre lui. Bien entendu, il en va autrement si pour le restant du prix on a institué une dette foncière ; comme celle-ci ne suppose pas de prétention, le créancier pourra

(1) *Ibid.*, p. 101.

(2) R. G. E., 75, p. 70. — R. G., 23 avril 1913, GRUCH, 57, 922.

(3) Arch. ziv. Prax., 117, p. 315 et suiv. Dans le même sens R. G. E., 75, p. 74. — R. G. E., 78, p. 285.

(4) *Ibid.*, p. 322.

la faire valoir. C'est ce que décide le Reichsgericht dans son arrêt du 5 mars 1910 (1).

54. Quelle est l'attitude prise par les autres Sénats du *Reichsgericht*, à l'égard de cette jurisprudence, à la fois si nette et si rigide du Cinquième Sénat ? Ils ont eu assez peu souvent l'occasion de se prononcer, incomparablement moins souvent que le Cinquième Sénat, et de ce fait leurs arguments semblent perdre un peu de leur importance. Un certain nombre d'espèces s'est présenté devant le Deuxième Sénat qui, tout en partageant le point de départ du Cinquième Sénat, fait opinion séparée quant aux conséquences à en tirer. Le Septième Sénat s'est prononcé dans son arrêt du 19 février 1904 (2), d'une façon principielle sur le rapport entre l'acte abstrait et l'acte causal, mais son raisonnement a été résoluement et constamment écarté par le Cinquième Sénat. Cet arrêt est très intéressant, parce qu'il prend une position nettement opposée à celle adoptée généralement par la jurisprudence ; il estime que, quoique appartenant à un domaine juridique distinct, l'acte abstrait, n'est pas à ce point formel, de ne pouvoir se trouver en aucun rapport de dépendance vis-à-vis de l'acte causal. C'est un des premiers arrêts qui aient été rendus sur cette question, mais il était intervenu à propos d'une convention lésionnaire et il est resté isolé. En matière de conventions tout simplement immorales, la jurisprudence est unanime à l'écarter.

Plus nombreux sont les arrêts rendus en cette ma-

(1) R. G. E., 73, p. 143.

(2) R. G. E., 57, p. 95.

tière par le Deuxième Sénat. Dans l'arrêt du 8 octobre 1909 (1), le demandeur en arguant de l'atteinte aux bonnes mœurs, voulait garder l'immeuble acheté, mais fort de l'article 817, 2B.G.B., ne voulait pas en payer le prix. Le Deuxième Sénat constate, que cette attitude est contraire aux principes de la bonne foi et de la loyauté dans les conventions, ainsi qu'au sentiment de convenance et d'équité, et n'hésite pas à opposer aux prétentions du demandeur l'exceptio dolis generalis. Si la jurisprudence du Cinquième Sénat nous semble avoir fait fausse route, la jurisprudence du Deuxième Sénat, choquée par les résultats extraordinaires auxquels ce point de départ pourrait la mener, a été obligée d'aller jusqu'à l'exceptio dolis generalis du droit romain, pour corriger, tant bien que mal ces résultats. Il est intéressant de remarquer, que le Cinquième Sénat lui-même, choqué par les résultats auxquels il était arrivé, avait un instant adopté la théorie du Deuxième Sénat, dans ses arrêts du 6 février 1915 (2) et du 30 octobre 1915 (3), mais qu'il a abandonnée aussitôt après, pour revenir avec l'arrêt du 9 mars 1918 à son ancien point de vue.

Dans la jurisprudence des autres Sénats du Reichsgericht, nous trouvons des cas, assez rares à la vérité, où cette conception quant aux rapports de l'acte abstrait et de l'acte causal défendue par le Cinquième Sénat, n'est pas partagée. C'est surtout le Septième Sénat, qui fait opinion séparée. Dans l'arrêt du 24 novembre 1908 (4)

(1) R. G. E., 71, p. 432. De même Deuxième Sénat, 5 décembre 1911, R. G. E., 78, p. 41.

(2) R. G. E., 86, p. 101.

(3) Seuff. Arch. 71, n° 163.

(4) R. G. E., 70, p. 55.

les faits étaient les suivants : le défendeur avait vendu au demandeur un certain nombre de fourrures, qu'il avait effectivement fait porter chez ce dernier ; apprenant que son acheteur était sur le point d'être déclaré en faillite, il reprend ses fourrures. Au cours du procès, il appert que le contrat de vente était attaquant pour dol, et étant donné que le Tribunal d'appel avait refusé de constater la nullité de l'acte réel de transfert, le Septième Sénat du *Reichsgericht* est amené à déclarer que de la différence légale entre l'acte causal et l'acte abstrait, il n'en résulte pas toujours que ce dernier ne saurait se ressentir dans sa validité, des vices du consentement entachant le premier. La même opinion est répétée par le même Sénat dans son arrêt du 17 septembre 1912 (1).

Ces derniers temps, on remarque dans d'autres Sénats que le Cinquième, une tendance très nette de soumettre le plus possible les actes abstraits de transfert à la nullité pour immoralité, et d'estomper jusqu'à la disparition complète, cette distinction si rigide entre l'acte abstrait et l'acte concret, quant aux conséquences de l'immoralité. Si le *Reichsgericht*, en vertu de la solidarité qui existe entre les Sénats, ainsi qu'en vertu de sa grande prudence quand il s'agit d'un revirement de jurisprudence, affirme toujours encore le principe de l'indépendance, les exceptions qu'il y admet sont devenues très nombreuses, elles égalent presque en nombre les décisions rendues en respect du principe. Le Premier Sénat, dans son arrêt du 8 janvier 1930 (Seuff. Arch. 84, p. 97), le Huitième Sénat dans son arrêt du 13 avril 1931 (Warn. Rspr., 1931, n° 100) et surtout le Quatrième Sénat dans son arrêt tout

(1) GRUCH, 57, p. 916.

récent du 17 septembre 1934 (R. G. E., 145, p. 152). admettent que généralement la nullité de l'acte causal ne s'étend pas sur l'acte de transfert, mais qu'il y aura à considérer chaque espèce en particulier et de voir s'il n'y a pas lieu de conclure à la nullité de l'acte abstrait également. La dernière espèce citée est tout à fait caractéristique à ce point de vue : les parties, le mari et la femme, avaient conclu un contrat par lequel le mari cède un immeuble à sa femme pour le cas où il divorcerait ; étant donné que l'immeuble avait une valeur supérieure à celle que les parties voulaient se transférer, la femme concède une hypothèque pour la différence sur ledit immeuble. Le divorce ayant été prononcé, et la femme voulant se libérer de l'hypothèque, elle prétend que le contrat est nul comme ayant eu pour but de faciliter le divorce, mais que suivant la jurisprudence constante, l'acte de transfert demeure et que l'hypothèque se transforme en dette foncière sur sa tête. La première instance reconnaît l'argumentation ci-dessus, mais oppose à la demanderesse l'exception de dol. Le Quatrième Sénat estime que « dans la jurisprudence du Reichsgericht on observe le principe que l'immoralité de l'acte causal n'entraîne pas d'une façon générale celle de l'acte de transfert, à cause de sa nature abstraite. A ce principe on a fait des exceptions, entre autres, pour le cas où l'on poursuivrait des desseins illicites par l'acte réel lui-même, ou au cas où l'immoralité résiderait dans cet acte même ». En effet, c'est ce qui était arrivé en l'espèce ; il appert que la demanderesse n'a pas été amenée à consentir au divorce par l'obligation du mari de transférer l'immeuble, obligation qu'au besoin il aurait pu refuser d'exécuter, mais bien par l'acte de transfert lui-même. Comme conséquence la

déssaisine de l'immeuble sera nulle, comme entachée d'immoralité.

Quelles sont les conclusions qui s'imposent après cette étude de la jurisprudence ? Devant son peu de cohérence, étant donné son point de départ et les résultats auxquels elle arrive, elle n'est malheureusement pas à même, d'éclairer un problème d'une importance si capitale et que les travaux doctrinaux ont rendu à un tel point inextricable. Si nous avons espéré trouver une doctrine cohérente, juste, et conciliant les différents textes et idées qui — si on le veut bien avec certains auteurs — sont encore trop nets et trop peu assouplis, nous voilà bien déçus ! Il nous reste devant cette carance presque totale, à nous demander ce que valent toutes ces opinions, et quelle est à notre avis la solution à apporter à ce problème.

Quelles sont les critiques qu'on peut apporter à ce système ?

En ce qui concerne la première théorie, nous croyons que la conception de l'acte abstrait indépendant est poussée beaucoup trop loin ; d'autre part il y a l'article 138 B.G.B. auquel on ne déroge nulle part dans le Code par rapport aux actes abstraits ; évidemment, il y a l'article 817 B.G.B. qui semble inconciliable avec l'article 138, mais n'est-ce pas la tâche de la jurisprudence que de les concilier, de trouver à chacun son domaine propre, et non pas de les opposer ?

Quant à la théorie de la nullité, on reproche à Dernburg d'affirmer que maintenir la validité des actes abstraits, c'est valider de par la volonté privée des actes illécites, quand en réalité les actes abstraits ne sont pas une création de la volonté privée, mais de la loi. On approuve,

au contraire, le point de départ de Neubecker, quand celui-ci affirme que l'acte causal joue par rapport à l'acte abstrait le rôle d'un motif, mais on le conteste, quand il en tire les conséquences, en affirmant que le motif illicite est à même de rendre un acte juridique nul (1). C'est une critique bien peu fondée, l'avons-nous vu dans notre Première Partie avec la jurisprudence, qui en maintes occasions, n'a pas hésité d'annuler une convention pour motif illicite, ou même de maintenir une convention à objet illicite, parce que les motifs qui ont inspiré les parties étaient hautement louables.

55. La position prise par la jurisprudence — avouons-le franchement — nous semble erronée ; chercher la solution d'un problème, en érigeant en antithèse les exigences de la vie pratique et de la sécurité des transactions, avec le sentiment éthique, concrétisé à plusieurs reprises d'une façon excessivement nette et générale, dans des textes du Code civil allemand, voilà qui nous semble à la fois erroné et regrettable. Le *Reichsgericht* a fait à cet égard fausse route, d'autant plus, que ce ne peut pas être dans sa tâche, que de sacrifier un principe législatif précis et d'une portée générale, — mais qu'il lui incombe plutôt la mission de concilier et de harmoniser les aspérités juridiques et législatives ; ceci encore est d'autant plus curieux que, comme nous l'avons vu dans notre Première Partie, s'agissant de dégager la notion des bonnes mœurs, le *Reichsgericht* n'a pas hésité de se placer à un point de vue hautement éthique. Il y a là une contradiction d'attitudes, qui nous semble difficile à expliquer, si ce n'est

(1) ENGEL, *op. cit.*, p. 54.

que le *Reichsgericht* s'est laissé entraîner à la suite d'une certaine doctrine, dans ce dédale, dans cette « obligation de Tantale » que constitue l'acte abstrait.

Remarquons que nous ne désapprouvons pas dans ses résultats, aux avantages pratiques indéniables, la jurisprudence du *Reichsgericht* ; ce qui, à nos yeux, est erroné, c'est la méthode employée, le raisonnement juridique dont on s'est servi pour y arriver. Le *Reichsgericht* jette par-dessus bord l'article 138 B.G.B. parce qu'il est incommode et parce qu'il le trouve inconciliable avec la nature de l'acte abstrait (où trouvons-nous dans le Code civil allemand, un texte de portée générale, déterminant la nature de l'acte abstrait, — comme cet article 138 détermine une condition de validité des actes juridiques, de tous les actes juridiques, et auquel aucun texte n'apporte une exception en faveur de l'acte abstrait ?) et avec l'article 817 B.G.B. ; c'est là l'objection primordiale qu'on peut faire au *Reichsgericht*, considérant qu'on peut très bien concilier toutes ces exigences, observer et les dispositions générales sur le respect des bonnes mœurs et l'article 817 et les conséquences qui découlent du caractère des actes abstraits.

Le raisonnement du *Reichsgericht* nous semble inexact à plusieurs points de vue : En premier lieu, ébloui par les travaux doctrinaux du xix^e siècle, il se fait (certains Sénats du moins) de l'acte abstrait, une idée qui n'est ni celle du Code, ni celle d'une partie même des membres du *Reichsgericht*. Le Code civil allemand a résolument écarté la tendance qui s'était manifestée en faveur d'une précision de la nature de l'acte abstrait ; la question a été résolue d'une façon très nette par le Premier Projet, qui, dans son article 829, s'était placé précisément à ce

point de vue, point de vue qui a été résolument abandonné cependant par la Seconde Commission ; celle-ci entend par cet abandon marquer que l'acte abstrait est somme toute un acte complexe quant à sa nature, qu'on ferait mauvaise et surtout dangereuse besogne, que de limiter par une formule d'école ses frontières et de déterminer d'une façon *ne varietur*, ses rapports avec l'acte concret. Enfin, nous n'en voulons de preuve meilleure de l'inexactitude de ce point de vue, que le témoignage des conseillers mêmes du *Reichsgericht*. Dans le Commentaire des Conseillers au *Reichsgericht* (1), on peut lire les affirmations très justes que voici : « ...En ce qui concerne les prestations purement réelles (tradition, dessaisine, charges réelles, etc...) on pourrait dire que leur acceptation ne saurait jamais être condamnable du côté de l'accipiens, parce que détachées de leur cause juridique. Ce détachement cependant, n'est qu'affaire de construction juridique. En vérité les prestations abstraites se trouvent en rapport très étroit avec l'acte causal qui les précède, elles sont régulièrement voulues comme un entérinement, ou en exécution de l'acte causal lui-même. Si on ne veut pas restreindre d'une façon douteuse le domaine d'application de l'article 817, on devra considérer, au cas où l'acte causal est contraire à la loi ou immoral, la prestation qui s'y attache également comme illicite ou immorale. La jurisprudence du *Reichsgericht* est encore toujours hésitante... » Voilà un témoignage, qui nous dispense, quant à nous, de toute autre argumentation dans cet ordre d'idées.

En second lieu, la jurisprudence du *Reichsgericht*,

(1) Ed. 1929, § 817 B. G. B. Note 2.

méconnaît l'article 138 B.G.B., qui inséré dans la partie générale du Code relative aux actes juridiques, ne contient pas d'exception dans son contexte et qui comme tel sera donc applicable à tous les actes juridiques. Dernburg a parfaitement raison, à notre avis, quand il affirme qu'on ne peut pas par la volonté privée y déroger ; or on y déroge quand les parties arrivent par le truchement de l'acte abstrait à produire à une convention des effets contraires aux bonnes mœurs. On objecte que l'acte abstrait n'est pas une création de la volonté privée, mais de la loi ; à quoi on peut encore répondre que certainement la loi n'a pas créé, ou permis de créer, des actes immoraux. Reste l'article 817, B.G.B. ; à ce propos nous estimons avec Dernburg, qu'il ne vise que les situations où la revendication est impossible, où elle est exclue, qu'il n'a donc qu'un rôle subsidiaire.

Les conséquences de notre point de vue seraient donc les suivantes : au cas de nullité de l'acte causal, l'acte réel est nul également ; de *lege lata*, le tradens peut revendiquer son bien, en vertu de l'article 895, BGB., tandis que l'accipiens ne peut pas répéter son prix qu'au cas où ce prix ne s'est mêlé à l'argent du tradens, parce que dans l'hypothèse contraire, l'article 817, 2 B.G.B. s'y oppose ; si l'accipiens a versé le prix, il ne pourra ni demander l'exécution de l'obligation, ni répéter ce qu'il a versé ; si le tradens a exécuté, il pourra cependant revendiquer quand il s'agit d'un immeuble ou quand il s'agit de choses non-fongibles. *De lege lata* c'est un résultat choquant et sensiblement inférieur au résultat de la jurisprudence ; ceci tient au fait que la maxime « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* » a été codifiée en matière d'enrichissement injuste, mais quelle n'a pas

été prise en considération en matière de revendication. Pour remédier à cette situation, la chose la meilleure est de rappeler au *Reichsgericht* la jurisprudence des tribunaux français ; quoique dans aucun texte, ceux-ci ont considéré que la maxime « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » est un principe général du droit, qui n'a jamais cessé d'avoir consistance et l'appliquent largement dans les conventions immorales. C'est dans cette voie qu'on voudrait voir s'engager le *Reichsgericht*, d'autant plus que c'est une solution éthique, basée sur une règle morale et qui par surcroît aboutit à un résultat très heureux, au point de vue de la sécurité des transactions. Par ce système l'accipiens gardera le bien, non pas parce qu'il en est devenu propriétaire, mais parce que le propriétaire ne peut pas répéter du fait de son immoralité. De même pour l'hypothèque. La constitution d'hypothèque étant nulle, elle se transforme en dette foncière sur la tête du propriétaire, c'est-à-dire du tradens, qui cependant ne pourra pas s'en prévaloir.

Nous ne nous dissimulons pas de ce que cette solution est susceptible d'inconvénients au point de vue de l'inscription sur le livre foncier. En appliquant ce système, c'est la situation suivante qui se présentera et qui n'est prévue par aucun texte ayant trait au livre foncier : le vendeur, malgré qu'il n'est plus inscrit sur le livre foncier, reste propriétaire nominal, puisqu'il est empêché par la règle *In pari causa* de faire valoir son droit de revendication ; l'acquéreur, qui lui, n'est pas propriétaire, est inscrit cependant comme tel sur le livre foncier et il n'a pas plus que la faculté d'acquérir la propriété par la prescription tabulaire (*Tabularersitzung*). Nous croyons qu'on peut remédier à cet inconvénient, en

attribuant aux fonctionnaires du livre foncier un droit de regard sur la validité de la déssaisine, quoique cela alourdirait dans une certaine mesure leur tâche.

56. Le système proposé ci-dessus, nous sommes bien forcé de le répéter, n'est pas celui de jurisprudence, qui semble bien décidée de continuer dans la voie dans laquelle elle s'est engagée. Devant cet état de choses et pour y remédier, il ne reste que le palliatif de l'article 139 B.G.B. Ce point de vue est représenté dans la doctrine, nous le disions plus haut, par Planck et Ennecerus, non pas comme un remède apporté à la jurisprudence, dont le point de départ leur paraît exact, mais tout simplement comme une conséquence normale, de la situation prévue par l'article 139, B.G.B.; c'est également Engel (1) sans se remarquable thèse qui s'y rallie. Des auteurs avaient contesté l'applicabilité de l'article 139 B.G.B. aux rapports entre l'acte causal et l'acte abstrait, considérant qu'il serait impossible que deux actes juridiques à contenu si différent, l'un opérant un transfert patrimonial, l'autre engendrant simplement une obligation, puissent former un tout, au sens de cet article 139. Tel n'est pas l'avis de la jurisprudence (2), qui estime que point n'est nécessaire qu'il s'agisse de types juridiques unitaires, qu'une unité économique suffit, du moment que le transfert patrimonial a été voulu comme une opération globale.

En nous tournant du côté de la jurisprudence, nous pouvons établir ici encore une différence entre la juris-

(1) *Op. cit.*

(2) R. G., 5 décembre 1911, R. G. E., 73, p. 41.

prudence du Cinquième Sénat et celle des autres Sénats. Le Cinquième Sénat se révèle encore une fois le défenseur à outrance, de la séparation la plus rigide entre l'acte abstrait et l'acte causal et jécarte résolument tout atténuation qu'on pourrait y apporter par la voie de l'article 139, B.G.B. Dans l'espèce précitée du 9 mars 1915 (1), le tribunal d'appel avait cru pouvoir annuler un acte de transfert, en l'attachant par la voie de l'article 139 à la convention causale. Le Cinquième Sénat refuse de sa rallier à l'argumentation du *Oberlandesgericht* en motivant que « le contrat de vente et l'accord sur le trensfert de la propriété ne constituent un acte juridique unitaire, ni au cas où les déclarations des parties sont réunies dans un même écrit, ni au cas où elles ont été faites simultanément. Le contrat de vente est un contrat du droit des obligations et le contrat réel portant exécution, poursuit le transfert de la propriété et constitue comme tel un acte de disposition (*Verfügungsgeschäft*) du droit des biens, indépendant... »

La position prise par les autres Sénats est encore loin d'être aussi nette, quoiqu'on éprouve quelque peine à en ramener la jurisprudence à une unité. En général celle-ci n'est pas très abondante dans des espèces de ce genre (2); là où elle admet cette théorie, elle accentue que c'est une question de fait, que de savoir s'il s'agit d'un acte juridique de l'article 139 B.G.B.; ceci résultera le mieux si les deux actes ont été accomplis ensemble. A part cela, elle ne voit pas d'inconvénients à son application. Dans l'arrêt du 29 mai 1908 (3) il s'agissait d'un con-

(1) Arch. ziv. Prax, t. 117, p. 324.

(2) ENGEL, *op. cit.*, p. 45.

(3) R. G. E., 69, p. 13.

trat de vente annulable pour dol de l'une des parties et le *Reichsgericht* estime que, étant donné que l'acheteur n'avait pas seulement en vue la conclusion du contrat, mais surtout la délivrance de la chose, (il y avait en l'espèce un intérêt tout particulier) et que c'est surtout pour obtenir la délivrance de cette chose qu'il a usé de manœuvres dolosives, il y aura nullité également de l'acte abstrait de transfert. L'argumentation du *Reichsgericht*, est assez embarrassée et peu claire. Dans l'arrêt du 5 décembre 1911 (1), les faits étaient les suivants : le demandeur avait vendu au défendeur un immeuble, par acte passé devant notaire ; ensuite il revient là-dessus et plaide la nullité de l'acte notarié, parce que en réalité, il se serait agi d'un contrat d'échange portant sur des maisons de tolérance. Le défendeur ne conteste pas, mais il excipe de ce que le contrat d'échange était intervenu entre lui et le fils du demandeur et au cours des débats qui s'ensuivent se pose la question de l'applicabilité de l'article 139 B.G.B. Le *Reichsgericht* estime, tout en n'approuvant pas le point de vue du tribunal d'appel, reproduit à la suite d'un arrêt du Cinquième Sénat, que tant que la nullité de l'acte causal n'a pas son fondement dans une circonstance de nature à affecter la volonté, mais seulement dans des vices de forme, l'article 139 ne sera pas applicable. D'où *a contrario*, on peut tirer l'argument que alors quand l'acte causal est nul pour une circonstance susceptible d'affecter la volonté des parties, l'acte abstrait est également nul par application de l'article 139 B.G.B.

(1) R. G. E., 78, p. 41.

Tout récemment le Deuxième Sénat, dans un arrêt en date du 18 septembre 1934 (J. W. 1934, p. 3124) estime dans une formule assez générale, que la constitution d'une dette foncière ne saurait constituer avec la convention de crédit à laquelle elle sert de garantie, un acte d'ensemble dans le sens de l'article 139. La formule dans sa généralité est critiquée à juste titre par le Professeur Süss dans sa note de la J. W.

Le domaine d'application de l'article 139 quant à cette question, nous semble des plus restreints et présenter un assez mince intérêt pratique. Les transferts immobiliers nous semblent exclus, pour deux motifs : d'abord la dessaisine (*Auflassung*) n'est pas susceptible d'une condition, et l'article 139 ne s'applique qu'aux actes qui en même temps pourraient être conditionnés les uns par les autres (1) ; d'autre part la déclaration portant transfert de propriété, doit être faite aux termes des articles 873 et 925 B.G.B. au bureau du livre foncier en présence des deux parties, dans la forme prévue par l'article 873 B.G.B. ; dès lors considérant que l'obligation causale et l'acte de transfert ne sont plus accomplis d'une façon concomitante, la jurisprudence en tire très souvent la présomption que dans l'esprit des parties il ne s'agit pas d'un tout. Cette condition n'est pas une condition de principe, mais une question de preuve seulement.

Au contraire les autres contrats réels immobiliers (servitudes, droits de préemption, dettes foncières) n'exigeant ni la forme de la dessaisine ni celle de l'article 313 B.G.B., peuvent très bien être accomplie d'une façon

(1) ANDRÉ, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, dans Festschrift Enneccerus 1913.

concomitante et faciliter l'application de l'article 139. En ce qui concerne les contrats réels mobiliers, à notre avis on peut appliquer l'article 139 à la vente mauvelle (*Handkauf*), au contraire on ne pourra pas l'appliquer à une vente où la tradition est effectuée au bout d'un certain délai, de sorte qu'entre l'accord des volontés et l'acte portant transfert de propriété, il y ait un délai quelconque. Quant aux donations, on ne retiendra que les dons manuels, parce que vu la forme exigée par l'article 518 B.G.B. pour la validité des donations, l'acte causal et l'acte abstrait seront généralement séparés.

57. A l'heure qu'il est, la discussion ne présente qu'un intérêt purement théorique, parce que la jurisprudence est bien assise et qu'elle ne semble pas décidée à abandonner la séparation entre l'acte causal et l'acte abstrait, en matière d'actes translatifs et constitutifs de droit réels du moins. Passons rapidement en revue les moyens qui se trouvent à la disposition des parties pour rétablir la situation et l'équilibre des patrimoines, dérangés à la suite de la convention immorale. C'est une question qui fera l'objet de plus amples développements au chapitre suivant.

En premier lieu, le solvens aura la condiction de l'article 817, 1 B.G.B., son appauvrissement et l'enrichissement corrélatif de l'accipiens s'étant produits sur la base d'une obligation nulle pour immoralité, donc sur la base d'une cause qui juridiquement ne peut pas être prise en considération. Le solvens pourra cependant se voir opposer le moyen tiré de l'alinéa 2 de l'article 817, du fait de sa propre indignité.

En second lieu, et selon l'opinion presque unanime,

qui estime que la règle *In pari causa* est toute spéciale à la matière de l'enrichissement sans cause et ne saurait être étendue ni à la matière de la revendication ni à celle des réparations civiles, les parties pourront intenter l'action en dommages-intérêts de l'article 826 B.G.B. dans des conditions que nous établirons plus loin. Bien entendu, le domaine principal d'application de l'article 826 B.G.B., ce sera la réparation des dommages causés à des tiers par des actes contraires aux bonnes mœurs et non pas aux parties elles-mêmes ; on trouve cependant dans la jurisprudence des espèces, où s'agissant d'une convention annulée pour immoralité, une partie soit tenue envers l'autre à réparation. Dans l'arrêt du 3 février 1915 (1) le *Reichsgericht* admet que le fait de demander la restitution d'une maison de tolérance à la suite de la nullité de la convention de transfert, sans pour cela se déclarer prêt à en restituer le prix, constitue un délit rentrant dans les termes de l'article 826 B.G.B.

58. Ce que nous avons dit jusqu'à présent, ne vaut que pour les actes abstraits de transfert mobiliers et immobiliers, ainsi que pour les actes abstraits constitutifs de sûretés réelles, accomplis en exécution ou en sûreté d'une obligation causale immorale. Dans les pages qui suivent, nous allons nous occuper des actes abstraits du droit des obligations, et nous allons nous demander s'ils sont susceptibles d'immoralité et de nullité de ce chef ?

La question est assez oiseuse, de par la nature même

(1) R. G. E., 86, p. 191.

des actes abstraits, qui ne semblent pas se prêter à une appréciation des bonnes mœurs pouvant aller au besoin jusqu'à rechercher l'intention et les motifs des parties ; c'est le propre de ces actes, que d'être détachés de leur cause et de vivre d'une vie indépendante par la force seule de leur technique. C'est là l'objection principale que les adversaires de la nullité invoquent.

Car, tout comme en matière d'actes abstraits constitutifs de droits réels, la doctrine est ici encore divisée. Une première catégorie prône le détachement complet de l'acte abstrait par rapport à sa cause, tandis qu'une deuxième catégorie essaie de justifier et d'imposer la nullité ; une troisième enfin prend une position intermédiaire. C'est à l'étude de ces opinions que nous nous attacherons, avant de dégager les solutions qui nous semblent exactes.

Les arguments invoqués par les partisans de la validité sont à peu de choses près les mêmes, que ceux qu'on a invoqués à propos des actes abstraits réels. L'argument général tiré de la nature de l'acte abstrait, est invoqué surtout par Tuhr ; un acte abstrait ne peut pas être immoral parce que « quand il s'agit d'appliquer les articles 134 et 138, il faut regarder ce qui est contraire à une prohibition légale, ou contraire aux bonnes mœurs. Or, il semble d'ors de doute, que promettre 1.000 M. d'une façon abstraite ou sous la forme d'une lettre de change, est indifférent au point de vue moral » (1). La question a été étudiée par Oertmann (2) et il arrive au même résultat ; en partant de la constatation que les articles 134 et 138 ne concernent que les actes qui, d'après leur

(1) Tuhr, *Die abstrakten Schuldverträge im B. G. B.*, p. 36 à 37.

(2) *D. J. Z.*, 1902, p. 105 et suiv.

contenu — ce qui est extrêmement contestable — sont contraires aux bonnes mœurs, il voit dans l'article 817, 2 B.G.B. la confirmation de cette opinion ; « à moins que la prestation ne consistât à contracter un engagement » dit cet article dans son alinéa 2 et par là il vise l'acte abstrait. Du moment, continue cet auteur, qu'on donne comme sanction une condition, c'est que l'acte abstrait n'est pas, ne peut pas être nul, parce que justement la condition suppose un acte qui a produit ses effets. Plus est, quand la loi répute un acte abstrait d'avoir une cause illicite, elle lui donne une sanction spéciale comme c'est le cas des articles 656, 2 et 762, 2 B.G.B. en matière de promesses ou reconnaissances de dettes pour courtage matrimonial ou pour une dette de jeu.

La même opinion, avec la même argumentation est reprise par Enneccerus (1) ; tandis que Collatz (2) veut prouver que le cas d'immoralité de l'acte abstrait lui-même, peut être distingué de l'immoralité de la cause. Si quelqu'un donne à sa maîtresse un titre conçu dans les termes suivants : « Je promets de payer à B. qui est ma maîtresse, la somme de 1000 M. », ce titre est contraire, par son contenu à l'article 138 B.G.B., quoique sa cause pourrait être profondément morale en réalité (3). Citons enfin Cosack (4), Endemann (5), Leonhard (6), Planck (7) et Stau-

(1) *Op. cit.*, t. I, § 178, p. 482.

(2) *Iherings Jahrb.*, 40, p. 142.

(3) Une espèce presque identique s'est présentée en jurisprudence, qui a pris en considération précisément cette cause morale.

(4) *Op. cit.*, t. I, § 172, IV, 3.

(5) *Op. cit.*, t. II, p. 1209.

(6) *Op. cit.*, p. 379.

(7) *Op. cit.*, t. II, § 780.

dinger (1) qui, avec les mêmes arguments, se rangent parmi les défenseurs de cette théorie.

La doctrine opposée a trouvé son premier défenseur en Lotmar (2) ; se rapportant à l'article 817, 2 B.G.B., celui-ci constate que l'obligation abstraite, par exemple une promesse abstraite, dans l'engagement de laquelle consistait la prestation, peut être répétée quoique l'accipiens, par son acceptation, et le solvens par sa promesse, aient pu contrevenir aux bonnes mœurs. Selon Lotmar, c'est la promesse elle-même qui est contraire aux bonnes mœurs et comme telle nulle et incapable de produire d'obligations ; pour ce motif l'accipiens, lui, il ne reçoit aucune prestation donc il n'y a pas lieu à répétition, ou tout au plus pourra-t-on répéter le titre incorporant la promesse.

Neubecker commence par constater qu'au point de vue historique les articles 780 et suivants sont injustifiables, parce que le droit romain ne connaissait pas une théorie générale des actes abstraits, mais seulement des actes juridiques individuels, sanctionnés par des condictiones. Au contraire, les rédacteurs du Code civil allemand ont pris ces condictiones pour sanctionner une théorie générale. Par ailleurs, il se déclare partisan de la nullité et ceci pour deux raisons : en premier lieu, si on écartait la nullité, il faudrait supposer que la loi aurait laissé délibérément aux parties la faculté de créer des actes juridiques illicites ; en second lieu, parce que l'article 817 B.G.B., parle du but de la prestation et qu'un tel but peut exister également à propos

(1) *Op. cit.*, t. II, 2, § 780, IV.

(2) *Der unmoralische Vertrag*, p. 62 et suiv.

d'une prestation « fictive » c'est-à-dire à propos de l'obligation de contracter un engagement (1). Dernburg (2), invoque les mêmes arguments qu'à propos des actes de transfert et il ajoute que, étant donné les articles 656 et 762 B.G.B., qui empêchent certaines obligations abstraites de produire des effets juridiques, le Code a voulu démontrer par là que la cause peut être prise en considération encore qu'il s'agisse d'une obligation abstraite. Pour Crome (3), qui en matière d'actes de transfert se déclare partisan de la théorie opposée, le nœud de la question réside dans le fait que par le détour de l'acte abstrait les contractants pourraient arriver à donner de l'efficacité juridique à des actes illicites, ce qui évidemment serait inconcevable et inadmissible. Rümelin, dans son remarquable article sur *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkennnissen des B.G.B.* (4), distingue les actes de transfert (*Hilfsgeschäfte*) et les actes abstraits du droit des obligations (*Verpflichtungsgeschäfte*) ; si les premiers ne sauraient être atteints par l'immoralité de la cause, les seconds, sauf ceux qui engagent par trop les intérêts des tiers, tel serait le cas de la lettre de change, peuvent parfaitement bien subir la nullité pour immoralité (5). Quant à l'article 817 B.G.B., il s'exprime en termes très généraux et sera par conséquent applicable à tous les actes abstraits ; mais tandis qu'il sera appliqué à la lettre à l'égard des actes pure-

(1) NEUBECKER, *op. cit.*, p. 87 à 88.

(2) *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, § 90, 5.

(3) *Op. cit.*, t. II, § 317.

(4) *Arch. ziv. Prax*, t. XCVII et XCVIII.

(5) *Ibid.*, t. XCVIII, p. 280.

ment abstraits suivant la division qu'il a faite, il ne sera pas appliqué à la reconnaissance de dette et à la promesse de dette. C'est une solution très hardie, qui ne trouve aucun appui dans les textes et que son auteur lui-même ne peut s'empêcher de stigmatiser comme une « *inelegantia juris* » (1).

59. — Que faut-il penser de toutes ces opinions ? Théoriquement il semble hors de doute que l'acte abstrait du droit des obligations doive être soumis à la nullité pour immoralité. C'était là incontestablement la volonté du législateur et nous n'en voulons pour preuve que le débat qui s'était engagé au sein de la Seconde Commission, à propos de la rédaction de l'article 138, et la transformation de l'ancien texte qui s'ensuivit. En fait, l'objection qui a porté le plus contre la rédaction de l'article 106 Premier Projet, parlant d'actes dont le contenu est contraire aux bonnes mœurs, c'est que précisément avec cette rédaction on n'arriverait pas à frapper l'acte abstrait ; au contraire dans sa nouvelle rédaction qui porte « acte contraire aux bonnes mœurs » sans faire aucune distinction, il atteindra tout acte juridique contraire aux bonnes mœurs par son objet, par son but, ou même par l'intention des parties. Cette façon de raisonner est par surcroît en parfaite concordance avec la conception subjective, qu'à notre sens il convient de donner à la notion des bonnes mœurs en droit allemand.

La jurisprudence, si elle ne prend pas une position aussi catégorique et nette qu'en matière d'actes de

(1) *Ibid.*, p. 292.

transfert, semble considérer qu'il serait erroné de porter un jugement d'ensemble sur cette question et les solutions auxquelles elle arrive, sont très voisines de la distinction établie par Rümelin, à savoir, elles sont fortement inspirées du souci de ménager les intérêts des tiers. Ainsi, si elle n'hésite pas à déclarer nulles pour immoralité une remise de dette, une promesse de dette ou une reconnaissance de dette, elle prend exactement la position contraire quand il s'agit de papiers de valeurs, d'une lettre de change par exemple. Dans l'espèce du 24 septembre 1913 (1), le demandeur, qui s'était engagé par acte non causé, de verser une certaine somme à son avocat conseil, demande au tribunal de prononcer la nullité de l'engagement, représentant le montant d'une somme disproportionnée et ayant été conclu sous la pression du défendeur. Le *Reichsgericht* décide que la promesse visant les honoraires est, en dehors des textes spéciaux, — justiciable de l'article 138 dont l'application « ne fait pas de doute » ; vu les circonstances dans lesquelles cette promesse d'honoraires a été signée, la nullité de l'engagement pour atteinte aux bonnes mœurs s'impose. La situation est plus caractéristique encore dans l'arrêt du 25 février 1920 (2). Le défendeur, un officier, s'était engagé envers sa maîtresse, par un acte conçu dans les termes suivants : « déclare par le présent écrit, que pendant les quatre ans qu'ont duré nos relations, j'ai toujours pris soin de Jossi, de même que je prendrai soin d'elle pour l'avenir ; pour le cas où je me marierais, ce qui est à peu près exclu, je

(1) R. G. E., 83, p. 110.

(2) R. G. E., 98, p. 178.

m'engage à verser à Jossi la somme de 15.000 M. ». Ce que l'officier avait considéré comme exclu, était pourtant arrivé, et son ancienne maîtresse le poursuit en paiement des 15.000 M. Nous nous trouvons sans doute en présence d'une promesse de dette au sens de l'article 780 B.G.B., qui indique la cause de l'engagement dans son écrit et qui — même à l'avis des adversaires de la théorie de nullité — devrait entraîner la nullité de l'engagement. Le Reichsgericht cependant n'est pas cet avis ; il ne se contente pas de la cause exprimée dans l'écrit, il fouille dans la vie des parties, il constate qu'elles avaient vécu maritalement, que la femme avait sacrifié sa carrière pour son amant, que trois enfants étaient issus de cette liaison, enfin qu'elle l'avait souvent aidé financièrement, — et en approuvant les conclusions de l'instance d'appel, il est d'avis que « non seulement la cause juridique de la promesse de dette n'est pas contraire aux bonnes mœurs, mais au contraire, c'est un devoir moral et une attitude louable, que de récompenser ces sacrifices... » (1).

Si, quand il s'agit d'une assignation, l'attitude du Reichsgericht est beaucoup moins nette (2), elle est au contraire très catégorique quand il s'agit d'une lettre de change : celle-ci, alors qu'elle est émise en vertu d'une obligation nulle comme contraire aux bonnes mœurs, n'est pas moins valable. On consacre par là à peu près la distinction établie par Rümelin.

60. — Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent

(1) *Ibid.*, p. 179.

(2) R. G., 16 février 1884, R. G. E., II, p. 136.

sur les actes abstraits et la nullité pour atteinte aux bonnes mœurs, ne s'applique pas, au sens de la jurisprudence et d'une partie de la doctrine, à l'acte lésionnaire. Ceci est assez étonnant, parce que la lésion est considérée par le Code civil allemand comme une espèce particulière des actes contraires aux bonnes mœurs. Il n'est pas étonnant, que les auteurs partisans d'une manière générale de la nullité de l'acte abstrait, défendent la même opinion, quand il s'agit d'un acte lésionnaire ; au contraire, y a-t-il encore des partisans de l'indépendance, qui, au cas de lésion se déclarent partisans de la nullité (1). Mais la jurisprudence, qui d'une façon générale est hostile à la nullité, prend une position très nette, et annule sans distinction tout acte abstrait, conçu en exécution d'une convention lésionnaire (2).

Quelle est la raison de cette solution ? C'est dans la rédaction même du second alinéa de l'article 138 B.G.B., qu'on la trouve ; celui-ci, à la différence du premier alinéa, parle d' « avantages que l'on promette ou que l'on fournisse » et c'est dans ce dernier terme que la jurisprudence voit la justification de son attitude. Une partie de la doctrine avait essayé de concilier par une distinction cet alinéa 2 et l'alinéa 1^{er} et de ramener de la sorte une unité dans les solutions. Il faut distinguer dit-elle, les prestations effectuées au moment de la conclusion du contrat et celles accomplies postérieurement ; si la loi, par les termes qu'elle emploie, vise la première catégorie, une vente manuelle (*Handkauf*) par exemple, la seconde catégorie est assimilée

(1) STAUDINGER, *op. cit.*, t. I, § 138, 2, II, 4 a.

(2) Sauf en matière de lettre de change.

aux actes immoraux en général, au point de vue de la sanction, et donne lieu à une action en enrichissement injuste pour la différence entre la prestation du lésant et celle du lésé (1).

La jurisprudence, faisant preuve de beaucoup de sagesse, a refusé de s'engager dans cette voie. Analysons de plus près quelques espèces : dans l'arrêt de principe du 19 février 1904 (2), où la question de savoir si la nullité de l'obligation causale entraîne celle de l'acte abstrait de transfert s'était posée, — ce que le *Oberlandesgericht* avait affirmé, — le *Reichsgericht* estime que si on ne peut pas, en règle générale, affirmer la dépendance de l'acte abstrait par rapport à l'acte causal, dans l'espèce présente, à cause du caractère lésionnaire de la convention « ...l'acte obligatoire et l'acte réel sont dans les prévisions de l'article 138 B.G.B. Cet article prévoit expressément la fourniture (*Gewährung*) d'avantages patrimoniaux. » La même idée s'exprimait d'une façon également nette dans l'arrêt du 18 novembre 1924 (3) : « une exception (à l'indépendance et à la validité de l'acte abstrait) existe d'après l'article 138, 2 B.G.B., dans l'accomplissement des obligations lésionnaires, parce que celui-ci déclare nul également ce qu'on a fourni... »

La nullité ne s'applique pas seulement à l'égard des actes abstraits de transfert, mais à plus forte raison à

(1) OERTMANN, *op. cit.*, t. II, § 817, 4. — D. J. Z., 1902, p. 405 à 409. — KOHLER, *op. cit.*, t. II, p. 103.

(2) R. G. E., 57, p. 95.

(3) R. G. E., 109, p. 201. — Dans le même sens G. R., 19 octobre 1909, R. G. E., 72, p. 61. — R. G., 17 décembre 1910, R. G. E., 75, p. 68. — R. G., 8 juin 1918, R. G. E., 93, p. 74.

l'égard des actes abstraits du droit des obligations. Sera donc nulle une promesse de dette et une délégation ; mais sera également nulle une lettre de change (1), parce que, ici, la jurisprudence ne se considère plus tenue par la distinction que nous avons enregistrée ci-dessus.

Quelles sont les conséquences de cette solution ? Etant donné la nullité de l'obligation causale aussi bien que de l'obligation abstraite, le solvens pourra revendiquer sa prestation, sans que l'on puisse lui opposer la maxime *In pari causa*, parce que la doctrine, aussi bien que la jurisprudence, l'écarte en matière de revendication.

Par ailleurs, la différence que l'on veut établir quant à leurs conséquences entre les deux alinéas de l'article 138 B.G.B., ne nous semble pas convaincante. Ce qu'on oublie trop souvent, à notre avis, c'est que la lésion est une application des actes contraires aux bonnes mœurs, un exemple et non pas une variété ; ceci nous semble ressortir d'une façon suffisamment claire des mots par lesquels débute l'alinéa 2 : « est nul en particulier... » On tire argument des termes de la loi, « promettre et fournir », mais promettre et fournir c'est le propre de toutes les obligations et si la loi a employé ces expressions, c'est, nous semble-t-il, parce qu'elle donne dans l'alinéa 2 de l'article 138 une définition de l'obligation lésionnaire et que ces termes feront partie de la définition d'une obligation tout court.

(1) R. G. E., 8, p. 96.

CHAPITRE II

DE LA RÉPÉTITION

61. — Nous avons étudié dans notre premier chapitre la nature de la nullité des actes contraires aux bonnes mœurs, et surtout toutes les questions qui se posent à ce propos, du fait qu'en droit civil allemand, la majorité des actes de transfert, ainsi qu'un certain nombre d'obligations, présentent un caractère abstrait. Du moment que l'opinion dominante, en doctrine et en jurisprudence, admet que l'acte abstrait reste valable quel que soit le sort de l'obligation causale, que donc il y aura une modification dans le patrimoine des parties contractantes, il nous reste à nous demander quels sont les moyens de droit, mis par le législateur allemand à la disposition des parties, pour redresser l'équilibre des patrimoines. C'est le problème qui fera l'objet du présent chapitre.

Le Code civil allemand met à cet effet, à la disposition des parties, la théorie de l'enrichissement sans cause, cette théorie à fondement à la fois moral et social, à laquelle le législateur d'Outre-Rhin a assigné une étendue et une importance qui n'ont été atteintes par aucun

autre code étranger peut-être. Aussi la théorie de l'enrichissement sans cause, est-elle le revers indispensable de l'acte abstrait ; dans une législation où la cause n'est pas prise en considération, comme condition de validité des conventions, et où les moyens de transfert abstraits jouent un rôle important, la théorie de l'enrichissement sans cause est celle qui redresse l'équilibre des patrimoines et qui répare au besoin, indirectement, les injustices découlant d'une vision par trop formaliste du droit (1).

A Rome déjà, avait-on senti la nécessité d'actions tendant à remédier à certaines conséquences des actes abstraits et si la formule de Pomponius (1) *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* ne saurait être exacte dans sa généralité, mais constitue plutôt un commandement moral qu'une règle juridique, — il n'est pas moins vrai qu'à l'époque classique le droit romain connaissait un certain nombre de *condictiones*, destinées à permettre la répétition dans certaines hypothèses déterminées : la *condictio indebiti*, sanctionnant le paiement de l'indû, la *condictio causa data causa non secuta*, la *condictio ob turpem vel injustam causam*, la *condictio sine causa*, enfin l'*actio de peculio et de in rem verso*, condictiones qui étaient autant d'applications du principe que nul ne doit s'enrichir injustement au dépens d'autrui.

Passées en Allemagne avec le droit des Pandectes, ces condictiones, n'ont jamais cessé d'être appliquées ; de plus, profitant de la carence du droit germanique

(1) KUHLENBECK, Von den Pandekten zum B. G. B., t. II, p. 346.

(2) D. L., 17, 206.

en matière d'obligations, elles ont passé dans les Codes que certains Etats allemands se sont donnés à partir de la fin du XVIII^e siècle, surtout dans le Code bavarois (1), dans le Code saxon et sous la forme de la *versio in rem*, dans le Code civil prussien (2).

Les rédacteurs du Code de l'Empire se trouvaient donc, sinon devant une théorie générale à consistance juridique, du moins devant un certain nombre de catégories légales, qu'ils ont consacrées dans le Premier Projet (3), se bornant à insérer dans un article final, l'idée générale et le principe. Devant les vives critiques, que ce système fragmentaire avait soulevées, aussi bien de la part des romanistes avec Lenel (4), que de la part des germanistes avec Gierke (5), la Deuxième Commission lui substitua un texte de principe, l'article 812, par lequel débute le Titre XXIV du Code civil allemand, consacré à l'enrichissement injuste (*Unge-rechtfertigte Bereicherung*). « Quiconque, par prestation, faite par une autre personne ou de toute autre manière, fait une acquisition sans cause juridique, au dépens de cette autre personne, est obligé vis-à-vis d'elle à restitution. Cette obligation existe également lorsque la cause juridique disparaît ultérieurement, que le résultat poursuivi au moyen d'une prestation tel qu'il ressort du contenu de l'acte juridique, ne se réalise pas », — voilà la formule générale qui comprend dorénavant toutes les hypothèses d'enrichissement injuste. Les

(1) VI., chap. XII, § 1.

(2) I, tit. 13.

(3) Art. 737 à 748.

(4) Arch. ziv. Prax, t. LXXIV, p. 237 et suiv.

(5) *Op. cit.*, t. III, p. 172.

autres articles, ne sont que des applications de ce principe général, ce ne sont plus des unités distinctes mais de simples divisions (1). C'est donc par ce principe général, ainsi que par certaines de ses applications, que les parties d'une convention immorale, se verront régler leurs rapports, à la suite de l'intangibilité des transferts patrimoniaux. Sans nous occuper des conditions générales de l'enrichissement injuste, qui sont en dehors de notre sujet, rappelons brièvement qu'il faut un enrichissement, un appauvrissement corrélatif et ceci sans cause juridique, — et alors revient-il à dire que les actes abstraits se trouvent sans cause juridique et donnent lieu à une action en enrichissement injuste « toutes les fois que la transmission ou l'extinction de droits survenues à leur suite, a rapporté à l'autre partie ou à un tiers, un enrichissement non légitimé par un juste titre, en vertu duquel ils avaient le droit de l'acquérir » (2). Dans notre matière, le défaut de cause sera donc donné par la nullité de la convention causale et il serait plus conforme à l'article 817 B.G.B., de dire non pas absence de cause, mais que la cause juridique, existe et qu'elle ne peut pas être prise en considération par la loi.

Ainsi donc, tandis que en droit français au cas de nullité pour immoralité, le solvens a l'action en revendication pour récupérer son bien, action réelle, et subsidiairement seulement, il pourra avoir recours à l'action de *in rem verso* — en tant, bien entendu, que la maxime

(1) GEROTA, De l'enrichissement sans cause dans le Code civil allemand, p. 37 à 75.

(2) *Ibid.*, p. 168.

Nemo auditur propriam turpitudinem allegans ne s'oppose pas à ces actions, — en droit allemand, selon l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence, le solvens n'aura que la ressource de l'action personnelle, c'est-à-dire l'action qui n'appartient qu'au solvens et ne pourra être exercée par lui que contre le bénéficiaire et ses ayants-causes, en enrichissement injuste.

On a beaucoup discuté outre-Rhin en doctrine et en jurisprudence, sur les caractères de l'action en enrichissement injuste et à l'heure qu'il est, on n'est pas encore arrivé à une vue unitaire. Si on est à peu près d'accord d'attribuer à cette action un caractère personnel, dans le sens qu'elle n'aura d'effet que contre l'enrichi et ses ayants-cause et devra être intentée au domicile du défendeur, — on est encore d'accord à lui concéder une certaine nuance réelle, en tant qu'elle vise au premier chef de récupérer la chose même en nature, tant que celle-ci a gardé son individualité. Mais là où la controverse s'amplifie, c'est quant à la question de savoir si l'action en enrichissement a un caractère subsidiaire ou non, en d'autres termes, si on pourra l'intenter au cas seulement où les moyens de droit commun sont devenus inopérants, ou si elle pourra concourir avec d'autres actions, nées d'un titre, de relations contractuelles ou même d'un fait illicite ?

Dans la grande majorité des cas, cette dernière question ne présente pas un grand intérêt pratique pour nous ; en effet, au sens de la jurisprudence, l'action en revendication ne pourra pas avoir lieu et seule l'action en enrichissement pourra être intentée, quelquefois cependant aussi l'action en dommages-intérêts de l'article 826 B.G.B. Quant à cette dernière, la jurisprudence

admet sans difficulté, qu'on pourra l'intenter concurremment avec l'action en enrichissement (1). La situation est plus intéressante dans le cas où la nullité de l'obligation causale affecte l'acte de transfert également, comme c'est le cas en matière de lésion ou de certaines obligations abstraites ; dans ce cas-là, on pourra exercer l'action en revendication. Pourra-t-on recourir également à l'action en enrichissement ? La majorité de la doctrine est fermement hostile à la concurrence et la jurisprudence, quoique plus flottante, paraît également exclure la concurrence entre l'action en revendication et l'action en enrichissement (2).

C'est à l'étude de ces moyens tirés de la théorie de l'enrichissement injuste, que nous consacrerons le présent chapitre. Ces moyens se trouvent principalement dans l'article 817 B.G.B., ainsi que, dans la mesure qu'il nous restera à déterminer, dans l'article 812 B.G.B.

L'article 817 est conçu dans les termes suivants : « Lorsque le but d'une prestation était établi de telle sorte que le bénéficiaire s'est mis par son acceptation en contravention avec une défense légale ou avec les bonnes mœurs, le bénéficiaire est obligé à restitution. La restitution est exclue, lorsqu'une pareille contravention tombe d'une façon identique à la charge de l'auteur de la prestation, à moins que la prestation ne consiste à contracter un engagement ; la prestation fournie pour l'exécution d'un pareil engagement ne peut être répétée. »

La première proposition de cet article, vise le cas où la répétition est admise pour cause d'indignité de l'accipiens, c'est l'hypothèse de la *condictio ob turpem causam* ;

(1) R. G. E., 86, p. 191.

(2) R. G. E., 48, p. 139. — GEROTA, *op. cit.*, p. 220.

la seconde proposition, dans sa première partie, vise le cas où la répétition est exclue pour cause d'indignité du solvens également, c'est l'application de la maxime *In pari causa turpiludinis melior est condicio possidentis* ; enfin dans la partie finale de la seconde proposition, nous trouvons la réglementation par rapport aux engagements abstraits. La dissection que nous avons opérée de la sorte sur cet article, nous trace également le plan du présent chapitre : dans une première section, nous allons nous occuper de la répétition pour cause d'indignité du bénéficiaire ; dans la seconde section, nous allons traiter de la règle *In pauri causa* et dans une troisième des engagements abstraits. Dans une quatrième section enfin, nous nous occuperons de la question de preuve, de l'objet et du montant de la répétition.

SECTION I. — DE LA RÉPÉTITION POUR CAUSE D'INDIGNITÉ DU BÉNÉFICIAIRE

62. — La *condictio ob turpem causam* du droit romain, était l'action personnelle, de droit strict, abstraite, par laquelle on répétait de celui qui avait acquis d'une façon réprobable, l'objet de son acquisition ainsi que les accessoires. Il est indifférent que le but réprobable se fût réalisé ou non, de même qu'il est indifférent si les parties étaient conscientes de la turpitude de leurs actes ; il semble que nous sommes là en présence d'une sorte de turpitude objective, ce qui est d'autant plus intéressant à relever, que dans le code allemand et dans la jurisprudence, l'article 817 revêt un caractère essentiellement subjectif.

La *condictio* fut imaginée pour corriger le principe ancien de la validité des contrats, en dépit du caractère immoral ou illicite de leur cause. Dans les textes on la trouve soit au Digeste (1) ensemble au même titre avec la *condictio ob injustam causam*, soit au Code (2), où cependant elle est séparée de cette dernière. On avait longtemps discuté sur le fait de savoir, si par les deux condicions on ne devait pas entendre la même action ; aujourd'hui le débat semble vidé et on est généralement d'accord pour admettre que la *condictio ob injustam causam*, s'appliquait lorsque le consentement avait été vicié par dol ou par violence.

Dans les projets du Code civil allemand, on n'a pas maintenu cette dualité, parce que disait-on, la disposition générale (3) englobait également les cas prévus par la *condictio ob injustam causam* (4). Si en droit romain, l'immoralité des parties semble avoir été appréciée objectivement, la situation était autre en Allemagne sous l'Empire du droit des Pandectes. Ce revirement à la vérité, a été contesté par certains auteurs, surtout par Lotmar (5), dans son remarquable ouvrage sur les contrats immoraux en droit commun ; il se demande pourquoi en définitive exiger chez les parties la conscience du fait immoral, quand cette conscience n'est exigée nulle part dans le texte, et il invoque non seulement le texte ancien, mais également le texte du B.G.B. ; en ceci il fait d'ailleurs erreur et la jurisprudence s'est

(1) D. libr. 12, Tit. 5 de cond. ob. turp. vel. injust. caus.

(2) C. lib. 4, Tit. 7.

(3) Art. 748, p. 1. — Art. 812 B. G. B.

(4) M. T., II, p. 851.

(5) LOTMAR, Der unmoralische Vertrag, p. 174, note 179.

chargée de le lui prouver. Nous croyons que sous l'empire des Pandectes, au moins à la veille du Code civil, on exigeait chez les parties la conscience du but et du caractère immoral de leurs actes. C'est ce qu'il nous semble ressortir d'ailleurs de l'arrêt du 19 novembre 1883 (1) ; il s'agissait en effet, en l'espèce, d'un ancien employé de banque, qui, sous la menace de jeter par certaines révélations le discrédit sur l'établissement, s'était fait promettre une forte somme ; la banque intente la *condictio ob turpem causam* pour récupérer ce qu'elle avait presté, et l'ancien employé de banque se défend, en prétendant qu'il avait un droit sur la somme en question. Le Tribunal d'appel débute la banque parce que, disait-il, si l'établissement de banque a promis et exécuté en partie sous la menace de discrédit, le fait ne tombe pas dans les prévisions de la loi, parce que celle-ci exige, que l'accipiens se fût mis par le but de son acceptation en contradiction avec les bonnes mœurs ; or, en l'espèce, il n'a fait que provoquer la promesse. Le *Reichsgericht* ne s'embarrasse pas de ces distinctions subtiles ; pour lui toute la question c'est de savoir, si l'employé avait droit à la gratification en question, ou du moins s'il se croyait en droit de l'exiger. En d'autres termes, ceci revient finalement à se demander, si le bénéficiaire était conscient que par sa prétention il commettait un acte réprobable.

Quel est le fondement de la répétition ? Il est incontestable, qu'à sa base on trouve une idée morale, cette idée que celui qui par son acceptation s'est mis en contradiction avec les bonnes mœurs, n'est pas digne de la

(1) R. G. E., 10, p. 188.

protection de la loi et n'est pas digne de garder ce qu'il a reçu à la suite de son attitude condamnable. Ceci est particulièrement accentué dans les Motive, où il est dit que la répétition a pour but de frapper « l'intention réprobable » (*verwerfliche Gesinnung*), autant que de fortifier dans la conscience populaire le sentiment des bonnes mœurs et de l'ordre public.

63. — « Lorsque le but d'une prestation était établi de telle sorte, que le bénéficiaire s'est mis par son acceptation en contradiction avec une défense légale ou avec les bonnes mœurs, le bénéficiaire est obligé à restitution.. » est-il dit dans la première proposition de l'article 817 B.G.B. Les conditions d'exercice de cette répétition sont au nombre de deux, l'un objective, et générale à toute action en enrichissement, la prestation ; l'autre subjective, spéciale à cet article, la contradiction aux bonnes mœurs chez le bénéficiaire. Analysons brièvement ces deux conditions.

a) *La prestation.* — On entend par prestation toute sorte d'avantages patrimoniaux. Il s'agira, en premier lieu, d'acquisitions de droits, ou de la libération de certaines obligations ou charges ; l'acquisition de la propriété, de droits réels, de prétentions juridiques, la libération d'une dette, la main-levée de privilèges, d'hypothèques, ou de servitudes. En dehors de ces cas généraux, la prestation peut consister dans des avantages d'un ordre très divers : dans le fait de passer comme créancier hypothécaire dans un rang supérieur, par la renonciation d'un autre créancier (1), dans une re-

(1) R. G. E., 61, p. 42.

mise de dette (1), dans la mise en gage de titres (2) ; elle peut encore consister dans le fait d'acquérir une situation de droit avantageuse, telle que l'inscription sur le livre foncier ou sur le livre de la dette publique (3), ou encore la déclaration de dessaisine avant inscription sur le livre foncier (4). L'avantage peut consister encore, dans le fait d'avoir tiré un profit du travail d'autrui (5), ou encore dans la défaillance d'une obligation ou d'une charge, défaillance qui ne s'est pas produite par une circonstance propre à la justifier (6).

Il n'est nullement nécessaire, que la prestation s'adresse directement à celui qui s'en trouve injustement enrichi ; il importe surtout de savoir quel patrimoine a été influencé favorablement par la prestation (7). De même n'est-il pas indispensable que le demandeur ait presté effectivement en personne ; il pourra répéter, encore que la prestation a été effectuée par un tiers, mais faut-il que celle-ci, dans sa consistance juridique, soit susceptible d'être attribuée au demandeur.

b) Il faut que l'accipiens se soit mis par son acceptation en contradiction avec les bonnes mœurs. — Point n'est besoin de rappeler à ce sujet ce qu'il faut entendre par bonnes mœurs ; c'est une question dont nous avons parlé dans notre Première partie.

Il faut que le bénéficiaire ait contrevenu par son acceptation effective aux bonnes mœurs ou à une défense lé-

(1) J. W. 1911, p. 488.

(2) Bay. Z., 1918, p. 387.

(3) R. G. E., 51, p. 422.

(4) R. G. E., 108, p. 329.

(5) R. G. E., 97, p. 310.

(6) R. G. E., 85, p. 209. — R. G. E., 99, 139.

(7) OERTMANN, *op. cit.*, t. II, 817, p. 1020.

gale ; on donne généralement comme exemple de la deuxième catégorie, le fait d'accepter une somme d'argent, ayant pour but de déterminer chez l'accipiens un changement de religion ; de la seconde catégorie l'acceptation d'argent de la part d'un fonctionnaire pour rendre un service licite en soi (1). Par ailleurs, les exemples abondent et la jurisprudence en présente un peu dans toutes les matières : ainsi la répétition sera admise à l'égard de ce qu'on a payé à quelqu'un pour le déterminer de renoncer aux attributions de la puissance paternelle (2), — à l'égard des sommes qu'on a reçues de la part d'un sujet ennemi, dans le but de le soustraire à la main-mise de l'état (3) ; elle sera encore admise, à l'égard d'un vendeur de matériels de guerre, qui, contrairement à la promesse, donnée aux autorités militaires, vend sa marchandise à un prix supérieur (4), — à l'égard d'une somme d'argent donnée pour obtenir de quelqu'un de renoncer à une dénonciation (5) (quoique dans ce cas la répétition sera le plus souvent exclue pour immoralité du solvens également), — ou à l'égard d'avantages patrimoniaux réalisés pour consentir à un mariage (6).

Il importe peu, que le but soit futur, présent ou passé ; à cet égard nous trouvons là une différence avec la *condictio ob turpem causam* du droit romain, où l'on exigeait une *causa futura*. Dans le sens de l'article 817 B.G.B., le

(1) STAUDINGER, *op. cit.*, t. II, 3, § 817, p. 1567.

(2) WARN, 1913, n° 183.

(3) R. G. E., 89, p. 65.

(4) R. G. E., 97, p. 82.

(5) R. G. E., 58, p. 204.

(6) WARN. O. P., n° 19.

but peut aussi bien consister dans la récompense des services rendus. A quelle époque devra-t-on apprécier la contravention aux bonnes mœurs ? C'est à l'époque de l'acceptation et si cette précision peut avoir quelque intérêt pratique, c'est seulement quant à la contravention à une défense légale, parce que la notion de bonnes mœurs, est beaucoup moins sujette à fluctuation ou à changement. Si donc au moment de l'exécution d'une obligation, cette exécution n'est plus contraire aux bonnes mœurs, la répétition sera écartée (1).

Une question longuement débattue et dont la conclusion est très importante, c'est celle de savoir si sous le régime du B.G.B. l'accipiens doit être conscient de ce que par son acceptation il contrevient aux bonnes mœurs. Il ne s'agit là, bien entendu, de la conscience de la matérialité des faits, comme l'ont prétendu quelques auteurs, mais bien de la contravention aux bonnes mœurs. La majorité des auteurs (2), fidèles d'ailleurs à leur conception, en toute circonstance objective, des bonnes mœurs, estiment que le fait matériel de l'acceptation est suffisant, sans penser à la difficulté qu'il y a de faire jouer avec ce système la seconde phrase de l'article 817. L'importance de cette distinction, qui caractérise cependant l'article 817 tout entier, n'est mise en relief que par Planck. « Si l'accipiens n'a pas été en état de la reconnaître (l'atteinte aux bonnes mœurs) ou s'il n'a pas été conscient du but réprobable, si par exemple il supposait que le transfert n'a été effectué que dans un sen-

(1) R. G., 22 octobre 1920, R. G. E., 100, p. 159.

(2) STAUDINGER, *op. cit.*, t. II, § 817, p. 1568. — OERTMANN, *op. cit.*, t. II, § 819, p. 1035. — GOLDMANN-LILIENTHAL, *Das B. G. B. systematisch dargestellt*, t. I, p. 872.

timent d'amitié, alors qu'en réalité il s'agissait d'une rémunération pour des services... » (1).

La jurisprudence avait commencé par dire que l'immoralité objective du bénéficiaire était une condition suffisante pour l'application de l'article 817 B.G.B., surtout au cas de la contravention à une défense légale. Cette attitude ressort d'une façon très nette de l'arrêt du 4 octobre 1904 (2) ; il s'agissait en l'espèce d'une convention contraire à l'article 181 de la loi sur la faillite, en vigueur à l'époque, et le demandeur voulait exercer la répétition de l'article 817, 1 B.G.B. ; le défendeur invoque en sa défense que l'article 817 suppose une immoralité subjective. Le *Reichsgericht* constate que l'arrêt du 14 octobre 1903 (3), que le défendeur avait invoqué à son appui, exigeait en effet l'immoralité subjective, qu'il avait été rendu dans une espèce où la répétition avait été intentée pour immoralité du bénéficiaire, mais que cet arrêt ne saurait être invoqué pour justifier une répétition, intentée du fait de la contravention à une défense légale. Si donc en matière d'une contravention à une défense légale, la jurisprudence se contente de l'immoralité objective, la question est beaucoup moins nette quand il s'agit d'une contravention aux bonnes mœurs ; elle semble cependant dans ce cas exiger une immoralité subjective, continuant par là la tradition du droit romain.

Bientôt la position de la jurisprudence se précise et nous assistons à un revirement très net en faveur de l'appréciation subjective de l'attitude du bénéficiaire,

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 589.

(2) R. G. E., 72, p. 46.

(3) J. W. 1904, p. 38.

et ceci même en matière de contravention à une défense légale. Ce revirement commence par l'arrêt du 16 mars 1919 (1) ; il s'agissait en l'espèce, d'un contrat de vente, portant sur des marchandises, dont la vente avait été interdite par les autorités militaires ; les marchandises ont été saisies par la suite chez l'acheteur et celui-ci intente alors l'action en répétition contre le vendeur, arguant de ce qu'il ne savait par que cette marchandise était soumise à des mesures restrictives de la part des autorités militaires. Le *Reichsgericht* décide qu'on ne saurait reprocher à quelqu'un la violation d'une défense légale, dont il n'avait au moins connaissance. Cet arrêt a été suivi par d'autres et la jurisprudence est constante d'exiger à l'heure qu'il est, la conscience chez celui qui va à l'encontre des bonnes mœurs ou d'une défense légale (2).

Nous ne manquerons pas d'enregistrer avec satisfaction la position prise par la jurisprudence ; elle est en parfaite concordance avec la notion de bonnes mœurs, telle que nous l'avons dégagée au cours de notre Première Partie, de l'étude de l'article 138 B.G.B. et de la jurisprudence s'y rapportant. En effet, en quoi pourrait-on contrevenir aux bonnes mœurs, alors qu'on n'en est pas conscient, qu'on ne se rend pas compte de ce que le but de la prestation est défendu ou immoral ? Cette question nous semble tellement claire, qu'on peut s'étonner des discussions interminables, auxquelles elle a donné lieu ; heureusement la jurisprudence, s'inspirant des considérations énoncées si nettement dans les Motive, est parvenue à lui rendre son véritable aspect.

(1) R. G. E., 95, p. 347.

(2) R. G. E., 104, p. 54. — R. G. E., 105, p. 172. — J. W., 1923, p. 371. — Warn., 1922, n° 82. — Seuff. Arch. 77, n° 134 à 136.

64. — Ayant déterminé les conditions d'application de l'article 817, 1 B.G.B., il nous sera plus facile, d'étudier et de saisir les rapports qui le rattachent ou qui le différencient de l'article 812 B.G.B. En effet, quelle est la raison d'être de l'article 817,1 dans le Code civil allemand ? Selon l'opinion générale, on se reporte aux articles 134 et 138 B.G.B. et on considère que, du moment que ces articles ne concernent pas les actes abstraits, c'est l'article 817,1 qui sera appelé à rétablir l'équilibre des patrimoines, rompu sans cause juridique, ou plutôt sur la base d'une cause, qui juridiquement n'est pas prise en considération. C'est à peu près, nous l'avons vu, l'opinion générale en doctrine et en jurisprudence et cette question a été particulièrement étudiée et expliquée sous ce rapport par Enneccerus (1).

Envisagé de la sorte, on s'aperçoit que l'article 817,1 ne serait qu'une doublure de l'article 812 B.G.B. ; en effet étant donné les conditions d'application de l'article 817,1, on pourrait aussi bien les invoquer à propos de l'article 812, ce sont les mêmes, sauf quelques précisions que nous ferons tout à l'heure. Dès lors on voit bien le rôle, que pourrait jouer l'article 817,2 B.G.B., mais on ne voit pas le rôle de la première proposition de ce même article ? Aussi faut-il chercher ailleurs la différence entre l'article 817,1 et l'article 812 et à notre avis, on ne peut la trouver que dans le caractère subjectif que la contravention aux bonnes mœurs et à une défense légale revêt dans l'article 817,1.

Rappelons-nous ce que nous avons dit dans notre Première Partie, à propos du caractère immoral d'une

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 703 et suiv.

convention ; souvent ce caractère jaillira de l'objet même de la convention, sans que ce fût nécessaire d'aller chercher les éléments ailleurs, dans la conscience des parties. La convention immorale par son objet, sera frappée de nullité, mais l'acte d'exécution de cette convention n'en sera pas moins valable. Quelle sera dès lors l'action accordée au solvens, pour lui permettre la répétition ? Pourra-t-il invoquer la répétition de l'art. 817, 1 B.G.B. ? Théoriquement non, parce que le bénéficiaire ne s'est pas mis par son acceptation en contravention avec les bonnes mœurs au sens de cet article, du moment que la nullité n'a été prononcée que pour immoralité objective et du moment que l'élément subjectif est indispensable pour la répétition de l'article 817.1. Nous disons théoriquement, parce que le bénéficiaire se chargera en pratique, même si le solvens a agi par la voie de l'article 812, de démontrer l'indignité du demandeur et de faire jouer en ce cas l'article 817,2 B.G.B. D'ailleurs il est plutôt rare, pensons-nous, que de voir agir le solvens par la voie de l'article 812 B.G.B. ; il aurait un gros intérêt à agir de la sorte, au cas seulement, où le bénéficiaire n'aurait pas la possibilité de le pousser dans les prévisions de l'article 817.2, — mais comme d'une part, il est de jurisprudence constante que la règle *In pari causa* domine toute la matière de l'enrichissement injuste, il sera infiniment plus avantageux d'essayer par la voie de l'article 817,1 B.G.B. étant donné la façon sensiblement plus sévère, dont le bénéficiaire est alors tenu à restitution (article 819 B.G.B.) — d'autre part, la fin de non-recevoir de l'article 814 au sens duquel si le solvens savait qu'il n'était pas tenu ou qu'en exécutant il accomplissait un devoir moral ou de convenance, il ne pourra pas

répéter, ne pourra plus jouer. Evidemment le solvens se verra réduit à la ressource de l'article 812 par la question de preuve ; tandis que cet article suppose la preuve de l'enrichissement, de l'appauvrissement et de l'absence de cause, — l'article 817,1 suppose en plus la preuve de l'indignité du bénéficiaire ; mais nous pensons que la preuve de l'indignité objective suffit, ce sera au défendeur de prouver qu'il a agi de bonne foi.

Il y a encore une circonstance, qui justifie l'explication que nous donnons ; c'est au cas, non prévu par les textes, où l'immoralité réside du seul côté du solvens. Celui-ci pourra-t-il répéter dans ce cas ? La question est discutée, mais s'il le faisait il ne pourrait le faire qu'en vertu de l'article 812 ; cette question sera envisagée plus bas, mais nous pouvons dire dès maintenant et c'est bien là l'avis de la jurisprudence également, que dès que l'immoralité subjective entre en jeu, l'article 817 supplante complètement l'article 812.

C'est à quoi il faut conclure : la raison de l'article 817, nous semble résider dans la distinction que nous avons établie ci-dessus et à cet égard l'article 817,1 B.G.B. nous semble comme un correctif subjectif très heureux, apporté au moyen purement objectif contenu dans l'article 812 B.G.B.

SECTION II. — DU REFUS DE LA RÉPÉTITION (LA RÈGLE IN PARI CAUSA TURPITUDINIS CESSAT REPETITIO).

65. — « La restitution est exclue lorsqu'une pareille contravention tombe d'une façon identique à la charge de l'auteur de la prestation... » continue l'article 817

B.G.B. C'est la codification d'un vieil adage, exprimé avec des variantes à travers les âges, hérité du droit romain, par le droit allemand aussi bien que par le droit français et qui, à raison de son fondement moral, de la place qu'il occupe dans les deux systèmes juridiques et des nombreuses controverses auxquelles il a donné lieu, exige une étude historique et comparative. Nous le verrons d'abord à travers son histoire, en droit romain et au moyen âge, — ensuite son sens et son domaine en droit français ; nous essaierons de déterminer comment il a passé en Allemagne, le domaine et le sens qu'il y a pris, tout en le comparant au droit français, — enfin nous étudierons son texte et son fonctionnement dans le Code civil allemand.

L'idée d'écarter la répétition s'est fait jour à Rome, à propos de la cause illicite ou immorale ; elle s'exprimait à l'époque classique, sous la forme de l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* plus couramment, et c'est de cet adage qu'au moyen âge on a fait la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* qui a passé dans le droit français.

Dans l'ancien droit romain, le contrat est valable, sans qu'il fût nécessaire de se préoccuper de sa cause ; il est valable en vertu de la solennité requise ou des gestes à accomplir : il est formel et on n'avait aucun moyen qui permit de tenir compte du caractère illicite ou immoral de la cause.

C'est vers la fin de la République, afin de parer aux inconvénients des contrats formels et à leur caractère abstrait, qu'on imagine comme correctif l'emploi de la *condictio*, appelée dans les *Compilation de Justinien* *condictio ob turpem vel injustam causam*, qui actuelle-

ment, dans le Code civil allemand, a donné l'article 817,1. C'est à propos de la réglementation de cette *condictio* et de la détermination de ces cas d'application, que les jurisconsultes de Rome se sont trouvés en présence de l'idée du refus de la répétition, qu'ils se sont posé la question de l'immoralité du demandeur, ou plus exactement de l'immoralité des deux parties ; c'est à ce propos, qu'on refuse la *condictio* et qu'on en dégage l'idée, exprimée à la suite de Papinien (1), plus couramment dans l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, mais qui, dès sa naissance, a connu de nombreuses variantes dans sa rédaction (2).

On a beaucoup discuté sur le domaine d'application de cet adage ; une théorie, se fondant sur l'existence de deux condictiones (*ob turpem causam* et *ob injustam causam*) soutient que la maxime ne s'applique qu'aux contrats immoraux (3). L'opinion contraire veut la voir appliquée aux contrats immoraux, aussi bien qu'aux contrats illicites (4). Quoi qu'il en soit de ces distinctions, les jurisconsultes appliquent l'adage et refusent la *condictio*, lorsqu'il y a turpitude commune des parties, ou turpitude du tradens. Les textes donnent comme exemple de turpitude commune, le cas du voleur qui verse de l'argent pour ne pas être dénoncé, et le fait de

(1) C. IV, VII. Frag. 2.

(2) Ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus, Paul Dig. XII.V. De cond. ob turp. vel inj. caus. 3. — Utriusque turpitude versatur cessat repetitio, Ulpien Dig. frag. 4. — Si et dantis et accipientis causa turpis sit, possessorem petiorem esse et ideo repetitionem cessare, Paul Dig., frag. 8. — MACQUERON, *op. cit.*, p. 123 et ss.

(3) GIRARD, *op. cit.*, p. 655.

(4) MACQUERON, *op. cit.*, p. 118.

corrompre les juges ; les sommes ainsi versées, ne peuvent pas être répétées (1). Comme exemple de turpitude du côté du tradens, on nous donne le cas de quelqu'un qui paye à une fille publique le *prelium stupri* ; l'acte est honteux de la part de celui qui paye, mais il ne l'est pas de la part de celle qui reçoit, parce que, continue l'auteur, celle-ci peut *turpiter facere*, mais non *turpiter accipere* (2). Au contraire, la *condictio* est accordée pour répéter ce qui a été payé, lorsque la turpitude existe du côté du créancier seulement, parce qu'il s'agit alors généralement d'obligations contractées par dol ou fraude de celui-ci.

Si l'on se demande quelle était la raison du refus de la répétition, il semble bien qu'à Rome on ne se soit pas trop inspiré d'une idée de morale abstraite, mais qu'on ait eu surtout en vue un but pratique : la protection de la possession, et ceci est d'autant plus intéressant à remarquer, que si le droit français a recueilli la maxime dans sa rédaction plus morale qui lui a été donnée au Moyen-âge, le Code allemand, dans son article 817, deuxième proposition, semble plutôt sous l'influence des Pandectistes, avoir recueilli la maxime dans sa rédaction romaine *In pari causa turpiludinis cessat repetitio*. C'est seulement au Bas-Empire, qu'on reprend l'idée de l'indignité exprimée primitivement, mais oubliée pendant quelque temps et qui devait former le noyau de l'idée autour de laquelle on a tant travaillé au moyen âge ; certains textes du Bas-Empire ne laissaient-ils pas entrevoir une théorie particulière de l'indignité, fondée sur le

(1) PAUL, Dig. XII, V. 3 et 8. — Ulpian Dig. frag. 4.

(2) ULPIN Dig. XII. V. De cond. ob turp. 4 § 3.

dessein frauduleux du demandeur et ne se rattachant plus aux règles admises en matière de possession ? C'est là surtout qu'il faut voir l'origine la plus reculée de la formule *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

66. La question des conséquences de l'acte illicite s'est à nouveau posée au moment où l'Eglise catholique forme le dessein, aux XI^e et XII^e siècles, de se donner un droit à elle et une organisation juridique. Les canonistes ont repris cette idée du refus de la répétition, en s'ingéniant de lui assigner un fondement nettement moral. Des canonistes comme Gratien, des juristes coutumiers, nous montrent qu'au XII^e siècle l'idée d'indignité est connue et appliquée dans le domaine du droit et il semble que c'est au début du XIII^e siècle, que la formule *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* fait son apparition ; les derniers mots de l'adage se trouvent dans une décrétale d'Innocent III (1), à propos d'un procès entre deux ordres religieux. Dès le XIII^e siècle, la maxime dans sa nouvelle rédaction est connue, étudiée, et à la suite des travaux d'Azon, de Vincent et des glossateurs, du moins de ceux du droit canon, ses principaux caractères sont fixés ; elle a pour fondement l'indignité, quoiqu'on soit loin encore d'avoir déterminé les limites précises de son application. C'est l'œuvre des Bartholistes de systématiser l'ensemble des règles que la maxime renfermait, de préciser leurs applications, et ils l'ont fait surtout à la lumière et par rapport à cette autre idée, qui se fait jour à la même époque : le principe de la valeur du pacte nu. Barthole enrichit de quelques précisions le débat, en

(1) Décret de Grégoire IX, Livre III, 29, C. 8. *Inter dilectos filios*, SAVEY-CASARD, Le refus d'action pour cause d'indignité, p. 43.

affirmant que celui qui allègue sa turpitude n'est pas écouté quand il agit *de lucro capiendo* ; la maxime devient de plus en plus morale et la division qu'elle établit c'est celle entre la recherche d'un gain et le souci d'éviter un dommage, étant entendu que la demande de celui qui se trouve dans la première catégorie, sera toujours écartée (1). Un peu plus tard, on commence à déterminer la position de la maxime *Nemo audilur*, par rapport à l'adage *In pari causa*. « L'adage *In pari causa*, paraît moins souple, moins moral. Il marque l'aboutissement des études qui ont cherché à établir dans quelle mesure la faute enlève le droit d'accuser... » (2).

Avec les juristes de la Renaissance, la maxime suit un autre cours ; on reprend l'étude des sources romaines et surtout de la *condictio ob turpem causam*, on abandonne l'idée d'indignité, que le travail des canonistes et de ceux qui ont subi l'influence de l'Eglise lui avait attribuée, pour revenir à nouveau aux explications de Paul et d'Ulpien, en la justifiant comme une faveur accordée à la possession. Cujas, Doneau, insistent sur cette idée et depuis cette époque, quoique reprise par les auteurs de l'école du droit naturel, la maxime ne cesse de s'obscurcir quant à son fondement. Au XVIII^e siècle, on l'applique encore, mais elle a beaucoup perdu de son prestige et les tribunaux de cette époque l'acceptent ou la rejettent selon les cas, sans s'embarrasser d'une idée *a priori*, d'un fondement théorique, dont même les auteurs cherchent à se débarrasser (3).

(1) SAVEY-CASARD. *op. cit.*, p. 51.

(2) *Ibid.*, p. 52-53.

(3) POTHIER, *Traité des obligations*, n^o 193.

67. Cette maxime a-t-elle été recueillie par le Code civil français ? Celui-ci proclame dans son article 1131, la nullité des conventions immorales ou illicites, mais quant à la maxime, il est complètement muet. Pourtant, pour les premiers commentateurs du Code, la survivance de la maxime *Nemo auditur* ne fait pas de doute et ils ne prennent même pas la peine de chercher des arguments pour justifier son existence en dehors de tout texte, ils se réfèrent directement au droit romain. Merlin (1) cite le Digeste, Duranton (2) invoque Ulpien, Delvincourt (3) reproduit la règle *In pari causa...* C'est vers 1840, simultanément avec les hésitations de la jurisprudence, qu'on a commencé à douter en doctrine sur la persistance de la maxime et qu'on a commencé à soutenir qu'elle a été tacitement abrogée par le législateur de 1804. Les auteurs font remarquer que l'admission de la maxime est contraire aux dispositions de l'article 1131 C. civ. dont le texte est clair, il dit qu'une obligation illicite ne peut avoir aucun effet ; or, en admettant la maxime, on arrivera au résultat exactement contraire. C'est Demolombe (4) surtout, qui s'occupe longuement de cette question ; il constate que la maxime *Nemo auditur* n'est écrite nulle part dans le Code, qu'elle est contraire à l'article 1131 C. civ. et conclut à son rejet. La plupart des interprètes du Code civil, partagent cette opinion (5).

(1) Questions de Droit, Cause des obligations, § 1, n° 2.

(2) Cours de Droit Français, t. X, p. 391.

(3) Cours de Code civil, t. II, p. 128 et 472.

(4) Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. VIII, p. 363, 384.

(5) MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code civil, t. IV, p. 402. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, Traité Pratique

Devant cet assaut, les partisans de la théorie traditionnelle ne pouvaient plus se borner à invoquer la tradition seule ; ils s'efforcent, sinon d'encadrer la maxime dans le Code, du moins de la concilier avec certains textes et leur démonstration a porté surtout sur les articles 1131 1235, 1376 et 1377 du Code civil. En ce qui concerne l'article 1131, si le défendeur conserve, disait-on, ce qui a été payé en exécution de la convention immorale, ce n'est pas en vertu de cette convention, mais en vertu de l'indignité du demandeur (1) ; ce sont Aubry et Rau, qui, dans la seconde moitié du xix^e siècle, se sont faits les champions de la maxime *Nemo audilur*. Quant aux articles 1376, 1377, ils ne peuvent pas être invoqués contre la maxime, parce qu'ils supposent un paiement fait par erreur, dans la fausse croyance d'une cause juridique, ce qui n'est pas évidemment le cas ici, où le débiteur turpis n'a pas payé par erreur (2).

On ne s'est pas arrêté à l'essai de conciliation de la maxime avec certains textes du Code ; on est allé plus loin, on a cherché à expliquer, à donner un fondement, à justifier la nécessité de la maxime en droit civil français. Quelles sont les explications et quel est le fondement théorique du refus de la répétition ? On a essayé en France de les grouper autour de trois idées principales, que nous passerons rapidement en revue (3).

La première idée consiste à expliquer le refus de la ré-

et théorique du Droit civil, t. I, p. 367. — LAURENT, Principes du Droit civil, t. XVI, n° 162, p. 218. — PLANIOL, Traité élémentaire de Droit civil, t. II, n° 846.

(1) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. VI, p. 322, § 442, note 8.

(2) LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations, t. I, p. 322.

(3) G. RIPERT, Limites de la liberté contractuelle, p. 570 et ss.

pétition, comme étant une application des principes généraux du Droit. Il y a plusieurs théories qui se sont greffées sur cette idée.

On dit d'abord que la répétition est refusée, comme une conséquence de l'effet juridique attribué à la possession ; il ne peut pas y avoir de répétition de ce qui a été payé sur une cause illicite, parce qu'on n'a pas le droit de s'occuper de la cause du paiement, et ce qui reste alors, c'est la situation de fait, la possession chez l'accipiens. C'est une idée qui dans son essence a été défendue déjà par les jurisconsultes romains.

La deuxième théorie qu'on a soutenue, s'attachant toujours à l'idée générale ci-dessus, c'est que si la répétition est refusée, c'est parce qu'il n'y a pas eu véritablement enrichissement sans cause ; c'est une théorie séduisante, qui a été mise en relief par M. Savatier, et qui se résume dans les propositions que voici ; celui qui s'engage par une obligation illicite s'expose d'avance à ce que, s'il a exécuté et si la convention a été annulée, il ne puisse pas répéter ; de la sorte la convention immorale prendrait pour les parties un caractère aléatoire, or quelqu'un ayant reçu en vertu d'un aléa qui vient de se réaliser, ne s'est pas enrichi sans cause, donc il n'y aura pas lieu à répétition.

La seconde idée qui a été mise en avant, explique le refus de la répétition par des considérations d'intérêt public. Les conséquences de la nullité d'un contrat illicite se déterminent selon les exigences de l'intérêt public.

La première théorie ayant pris pour base cette idée, a été construite par Labbé dans une note au Sirey (1) :

(1) 81, 1, 292.

généralement, il y a lieu de laisser jouer les règles normales de la nullité et d'admettre la répétition ; au contraire, il peut y avoir des cas, où l'intérêt public exige qu'il n'y ait pas de répétition, c'est lui qui décidera en dernière analyse de la solution. Pourquoi faut-il admettre la répétition en matière d'offices ministériels par exemple ? C'est parce qu'il est dans l'intérêt public, à ce que les cessions d'offices ministériels soient effectuées dans les conditions que la Chancellerie trouve convenables.

La deuxième théorie basée sur l'intérêt public, distingue les obligations illicites et les obligations immorales ; c'est la théorie enseignée le plus couramment en France. Si dans les premières la répétition est admise, au contraire, dans les secondes elle sera exclue. La distinction paraît avoir été présentée pour la première fois par Larombière et cette distinction paraît concorder le mieux avec les solutions de la jurisprudence. Elle ne concorde pas parfaitement, parce que si le plus souvent il est très difficile de distinguer les obligations immorales des obligations illicites, mais que les obligations immorales sont en même temps des obligations illicites, y a-t-il encore des contrats absolument immoraux, comme la corruption de fonctionnaires ou les effets de complaisance, dans lesquels la jurisprudence hésite beaucoup sur l'application de la règle.

S'attache toujours à la même idée d'intérêt public, l'explication donnée par Larombière (1) qui invoque la dignité de la magistrature. On refuse l'action en justice au demandeur pour éviter à la magistrature de se pro-

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 320 et ss.

noncer sur l'indignité des parties et pour maintenir chez les plaideurs le respect de la magistrature. C'est un argument qui, malgré sa facture un peu curieuse, a été repris par Aubry et Rau (1).

Enfin, faut-il rappeler la quatrième explication fondée sur l'intérêt public, c'est celle qui a été donnée par M. Savey-Casard (2). Suivant cet auteur, la solution du problème se ramène à une balance d'intérêts : il s'agit de comparer l'intérêt que la loi a de rétablir le *statu quo ante* et celui qu'elle a à repousser le coupable plaidant pour ses avantages et M. Savey-Casard d'affirmer que « l'intérêt général n'est pourtant pas négligé dans la construction jurisprudentielle. C'est lui qui fait décider de l'emploi de la répétition ou de l'adage... » (3).

Il ne semble pourtant pas, que la jurisprudence française se soit arrêtée à ces idées ; ce qui décide de l'admission ou du rejet de la répétition, ce semble plutôt l'état d'âme du demandeur, ce sont les mobiles coupables ou non du demandeur. C'est la théorie qui a été défendue par M. Ripert (4), c'est la plus conforme à la tradition de l'adage *Nemo auditur*, et c'est bien celle-ci qui semble correspondre le mieux aux distinctions établies par la jurisprudence.

La jurisprudence est hésitante, on peut distinguer plusieurs étapes dans son évolution et on peut diviser les espèces sur lesquelles elle a eu l'occasion de se prononcer, en deux catégories : la première comprend les cas, où les tribunaux ont commencé par appliquer le système tradi-

(1) *Op. cit.*, t. VI, n° 442.

(2) *Op. cit.*, p. 186 et ss.

(3) *Ibid.*, p. 291.

(4) La règle morale dans les obligations civiles, p. 175 et ss.

tionnel, mais où ils l'ont abandonné par la suite ; la seconde est relative aux cas où la jurisprudence n'a jamais cessé d'appliquer l'adage *Nemo auditur*.

Font partie de la première catégorie les cas suivants : les contre-lettres relatives à la promesse d'un prix supérieur à celui admis par la Chancellerie, dans les cessions d'offices ministériels ; la jurisprudence après avoir refusé la répétition (1), l'accorde ensuite largement (2) ; il en est de même de la mise en société d'un office ministériel, de la cession d'une concession de chemin de fer sans autorisation, de l'obligation prise envers un courtier matrimonial, de l'association pour la vente de remèdes secrets, de l'association conclue entre un notaire et un particulier pour l'acquisition et la vente d'immeubles.

Au contraire, en matière de contrats, relatifs à l'exploitation de maisons de tolérance, aux fraudes fiscales, aux exploitations de maisons de jeu, aux fraudes électorales, aux libéralités entre concubins, la jurisprudence continue d'appliquer la maxime et de refuser la répétition.

La jurisprudence a refusé de se prononcer d'une façon nette sur l'existence de la maxime ; on pourrait cependant déduire indirectement d'un arrêt récent (3) de la Cour de Cassation, son admission principielle. Il s'agissait de l'application de l'article 817,2 B.G.B. en Alsace-

(1) Paris, 21 janvier et 15 février 1840, S. 1840, 2, 81. — Cass., 27 juillet 1841, S. 1841, 2, 572 et 693. — Rouen, 18 février 1842, S. 1842, 2, 201.

(2) Cass. 10 février 1846, S. 1846, 1, 118. — Cass. 8 janvier 1846 S. 1846, 1, 116. — Cass. 24 juillet 1855, S. 1855, 1, 655. — Cass. 2 mars 1864, S. 1864, 1, 161.

(3) Requ. 25 octobre 1927, G. P. 1927, 2, 876.

Lorraine et la Cour de Cassation a déclaré que la règle exprimée dans l'article 817 n'était que l'expression d'un principe général, qui est tout aussi vrai en droit français qu'en droit allemand.

68. Si nous avons cru devoir jeter un coup d'œil sur le refus de répétition en droit français, c'est parce que en droit allemand il présente des caractères quelque peu différents. Ceci à un double point de vue : au point de vue du fondement de la maxime et au point de vue de son domaine d'application.

Quant au fondement, il est certain qu'en droit allemand on n'a pas recueilli la maxime sous la forme *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, c'est-à-dire sous la forme qui lui a été donnée par les canonistes et réputée comme une sanction de la moralité des plaideurs. Au contraire, il est hors de doute que le droit allemand a recueilli l'idée telle que nous la trouvons exprimée chez les jurisconsultes de Rome, et tous les auteurs sont d'accord à employer la formule romaine, avec les mêmes variantes qu'on trouvait à Rome (1). Est-ce à dire qu'en droit allemand moderne il y a lieu de lui assigner la même explication fondée sur la protection de la possession, que semblent exprimer les textes romains ? Nous ne le pensons pas, et nous n'en voulons pour preuve que le souci apporté par la jurisprudence à scruter la cons-

(1) KUHLENBECK, *op. cit.*, t. II, p. 348 : *In pari turpitudine conditio possidentis melior est.* — ENNECERUS, *op. cit.*, t. II, p. 704 : *In pari causa melior est conditio possidentis.* — OERTMANN, *op. cit.*, t. II, § 817, 5, p. 1035 : *In pari turpitudine melior esse debet causa possidentis.* — DERNBURG, *Pandekten*, t. II, § 140, p. 378 cite les formules de Paul et d'Ulpien.

science de parties, la conscience de leur indignité, dont elle fait une condition d'application de l'article 817 B.G.B. Et d'ailleurs les Motive ne disent-ils pas, qu'il s'agit d'atteindre « la conscience réprobable, se manifestant dans l'acceptation de la prestation », ce qui semble suffisamment indiquer que si le législateur a adopté la formule romaine il n'en a plus adopté le sens.

Comment expliquer alors ce phénomène en droit allemand ? A notre avis, l'explication réside dans la Réception, plus précisément dans sa date. Alors que le droit français a hérité de la maxime, telle qu'elle a été modifiée et évoluée quant à sa formule, à son sens et à son champ d'application au moyen âge, quand l'adage *In pari causa* a été relégué sur le second plan (1), — il faut se rappeler le moment de la pénétration et de l'étude du droit romain en Allemagne, pour donner une réponse à cette question. L'infiltration la plus forte du droit romain en Allemagne, c'est au xvi^e siècle qu'elle se manifeste, en pleine époque de la Renaissance, c'est-à-dire à l'époque où l'on déterre les anciennes institutions romaines, dans tous les domaines, aussi bien que dans celui du droit (2) ; on abandonne les canonistes, on abandonne les glossateurs, pour se consacrer à l'exégèse des textes romains, — et en matière de *condictio ob turpem causam*, on remet en honneur, non seulement la formule du Digeste, mais aussi son idée que la théorie de la turpitude ne s'explique pas autrement, que par une faveur accordée à la possession. C'est à ce moment que l'adage passe en Allemagne. y acquiert droit de cité, comme représentant la plus pure tradition latine et

(1) SAVEY-CASARD, *op. cit.*, p. 52-53.

(2) REGELSBERGER, *op. cit.*, t. I, p. 36.

que, cultivé surtout au ^{xix}^e siècle avec ce sursaut des idées romanistes que marque l'école historique de Savigny, il arrive au seuil du B.G.B., n'ayant rien perdu de sa vigueur, — une notion claire, nette, acceptée par tout le monde et que personne ne songe à discuter. Le droit germanique n'a exercé absolument aucune influence sur cette matière ; au contraire, dans le droit particulariste, ce sont les règles du droit romain qui s'infiltrèrent, et quand il s'agit de codifier ces droits, on prend la *condictio ob turpem causam* avec le refus de la répétition, tels qu'on les trouve dans les textes (1) et qu'ils étaient pratiqués en droit romain. Dans le Code prussien (2), dans le Code bavarois (3), dans le Code civil saxon, on trouve le système romain.

Le sort différent que la maxime a connu en droit allemand, sert, à notre avis, à expliquer la différence, qu'elle revêt au point de vue de l'étendue de son application par rapport au droit français. Alors que dans ce dernier, la maxime *Nemo auditur* fait un peu tache d'huile, en ce sens qu'elle ne s'applique pas seulement aux actions nées directement du contrat, mais que l'impossibilité d'agir s'étend aussi à un groupe d'actions moins directement attachées à l'acte illicite, à celles qui procurent l'équivalent de la répétition, telle l'action en dommages-intérêts, l'action de *in rem verso* (à l'exclusion de la répétition de l'indû proprement dite (4), — en droit allemand l'étendue du refus de la répétition est strictement

(1) GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. III, p. 994.

(2) I, Titre 16, § 306.

(3) Titre IV, chap. XIII, p. 8.

(4) SAVEY-CASARD, *p. cit.*, p. 278. — G. RIPERT, *Limites de la liberté contractuelle*, p. 586 et ss.

limitée à la matière de l'enrichissement sans cause, mais, jouant dans toute la matière de l'enrichissement sans cause, même quand on invoque la répétition de l'article 812. Ceci tient, à ce que le Code allemand a hérité des condictiones du droit romain. La jurisprudence est très précise et très nette sur ce point, et ceci est vrai aussi bien sous le régime du B.G.B., que sous le régime des législations antérieures. Dans l'arrêt du 21 mars 1892 (1), le demandeur, qui avait vendu au défendeur un immeuble, réclamait en vertu des dispositions du contrat de vente, son immeuble ; le défendeur invoque l'immoralité du contrat et le Tribunal d'Appel refuse au demandeur l'action en revendication, en tirant argument du texte du Digeste, relatif à la *condictio ob turpem causam*. Le *Reichsgericht* décide, que c'est à tort que le Tribunal d'appel s'est appuyé sur le texte du Digeste, parce que celui-ci ne vise que la *condictio ob turpem causam* et la *condictio indebiti*, alors qu'en l'espèce il s'agissait d'une action en revendication. Il en est de même sous le régime du B.G.B. ; dans l'arrêt du 1^{er} octobre 1914 (2) le *Reichsgericht* réfute l'argumentation du Tribunal d'appel, tendant à refuser au demandeur l'action en indemnité, parce qu'on pouvait lui reprocher une contravention aux bonnes mœurs, — et en donne la justification très nette que voici ! « ...La disposition de l'article 817, deuxième proposition ne vaut que pour les actions en enrichissement injuste et ne peut être appliquée à des prétentions issues d'autres rapports juridiques, surtout aux prétentions issues de délits civils (3) ». La maxime

(1) R. G. E., 29, p. 106.

(2) R. G. E., 85, p. 293.

(3) *Ibid.*, p. 294-295. Dans le même sens R. G. E., 70, p. 15. —

In pari causa ne peut pas s'opposer à l'action en revendication ; ainsi, on a décidé que celui qui avait donné à bail un immeuble et qu'on y avait installé une maison de tolérance, peut exercer l'action en revendication (1).

69. Pour l'application de l'article 817 deuxième Proposition, il faut d'abord, que les conditions exigées pour l'application de la première proposition de cet article, à savoir une prestation et l'atteinte portée aux bonnes mœurs par l'accipiens, soient respectées ; mais faut-il en outre, qu'une pareille atteinte aux bonnes mœurs soit imputable au solvens. S'il faut que celui-ci soit conscient de l'atteinte aux bonnes mœurs, au contraire le degré de l'immoralité, est-il indifférent ; le solvens ne saurait se défendre en alléguant que le reproche touchant l'accipiens est plus grave que celui dont il est atteint (2). Il semble que la loi considère le refus de répétition comme une pénalité ; de ce fait la jurisprudence admet que le syndic de la faillite peut intenter l'action en répétition, quoique le failli ait agi contrairement aux bonnes mœurs (3) ; comme une conséquence de la même idée, la maxime *In pari causa* s'oppose également aux ayants-cause universels du solvens (4). Si le solvens n'a pas le discernement suffisant, pour se rendre compte de ce qu'il a agi d'une façon réprobable, la maxime ne joue pas

R. G. E., 99, p. 166. — R. G. E., 101, p. 308. — R. G. E., 105, p. 271.
— R. G. E., 111, p. 153.

(1) Warn. Rspr. 1911, n° 115.

(2) R. G. E., 78, p. 285.

(3) R. G. E., 99, p. 161.

(4) R. G. E., 111, p. 154.

et on en tire argument des articles 827 et 828 B.G.B. ; mais la capacité juridique n'est pas nécessaire, décide la jurisprudence (1). Quant à la prestation, il semble que les tribunaux ne retiennent que celle de nature à enrichir d'une façon durable le patrimoine de l'accipiens ; elle écarte les prestations qui n'atteignent ce but que d'une façon passagère. Ainsi la jurisprudence est constante à admettre la répétition à l'égard des sûretés mobilières (2). Elle justifie cette décision soit par le fait que les prestations ont été effectuées sur la base d'une convention accessoire, nulle par application de l'article 139 B.G.B., soit par le fait que l'accipiens a reçu la propriété grevée d'une obligation de restituer.

En jurisprudence, les applications de la règle *In pari causa*, sont excessivement nombreuses, plus nombreuses que celles de l'article 817, 1 B.G.B. Nous nous bornons à citer quelques espèces parmi les plus répandues : la répétition est exclue à l'égard de ce qu'on a payé à une femme pour obtenir ses faveurs (3) ; à l'égard de ce qu'on a presté en vertu d'un contrat de société, ayant pour but l'exploitation d'une maison de tolérance (4), pour la location d'une maison de tolérance (5), pour l'achat d'une maison de tolérance (6), pour l'achat de certaines substances médicales (7) ; elle est encore exclue, à l'égard de ce qu'on a payé en vue de tourner

(1) R. G. E., 105, p. 270.

(2) R. G. E., 67, p. 325. — J. W., 1912, p. 862. — J. W. 1921, p. 461. — Warn. Rspr., 192, 1920, n° 32.

(3) R. G. E., 111, p. 154.

(4) Seuff. Arch., 51, n° 259.

(5) R. G. E., 38, p. 197.

(6) O. L. G., Hamburg, 20, p. 219.

(7) R. G. Str., 44, p. 239.

une disposition relative aux concessions d'un débit de boissons, (1), pour trafic d'influence (2)... Rappelons enfin, que la jurisprudence française semble distinguer et n'admettre le refus de répétition que par rapport aux conventions immorales, alors que la loi allemande, ne fait aucune distinction et exclut la répétition dans les conventions immorales aussi bien que dans les conventions contraires à une prohibition légale.

La consécration de la maxime *In pari causa*, par le Code civil allemand est critiquée par une certaine partie de la doctrine (3), étant considérée comme une sanction très défectueuse et peu équitable de l'immoralité des parties. Aussi quelques codes étrangers adoptent-ils un autre point de vue ; le Code civil portugais (art. 671 et 692) et à sa suite le Code civil brésilien disposent que l'objet d'une convention immorale ou illicite échoit à l'Etat. Au contraire, le Code civil autrichien (art. 1174), le Code civil espagnol (art. 1305 et 1306) et la jurisprudence anglaise (4) appliquent la vieille maxime romaine.

70. — Un cas qui, à la différence de ce qui se passait en droit romain et même dans certains droits particularistes, n'a pas été prévu par le B.G.B. et qui de ce fait a occasionné une certaine controverse, c'est celui

(1) R. G. E., 67, 32.

(2) R. G. E., 86, p. 98.

(3) BUSCH, *op. cit.*, t. II, § 817, p. 524. — RUMPF, *Arch. Ziv. Prax.*, t. CXVII, p. 315 et ss.

(4) Le droit anglais a recueilli la maxime sous la forme *In pari delicto potior est conditio defendentis*, SALMON-WINFIELD, *Principles of the law of contracts*, 1927, p. 150.

où l'indignité n'existe que du côté du solvens. Le droit romain avait prévu ce cas (1) et Ulpien avait justifié le refus de répétition, *quod solius dantis turpitudine versatur* ; ce passage avait passé avec la réception et le droit commun s'en tenait à la tradition romaine (2) ; même y a-t-il quelques législations, telles que le Code civil prussien (3) qui l'ont adopté.

Sous l'empire du B.G.B. la question est controversée ; des auteurs (4) estiment, que dans le cas où l'indignité est imputable au solvens seul, celui-ci pourra répéter, non pas en vertu de l'article 817, 1 mais en vertu de l'article 812. et ils tirent argument de la rédaction même de l'article 817. Celui-ci parle d'une « pareille contravention » dans sa seconde proposition, se référant à la contravention aux bonnes mœurs dont parle la première proposition, et par là ils arrivent à ne reconnaître d'efficacité au refus de répétition que par dépendance avec la première proposition.

Nous estimons que ce raisonnement purement littéral, ne saurait être pris en considération ; il ne faut pas oublier l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'article 817 et c'est par là qu'à notre avis il faut résoudre la question. Dans l'esprit de cet article, la répétition est admise ou non, selon l'état d'indignité du demandeur ; si au cas d'indignité du bénéficiaire seul, le solvens peut répéter, si au cas de double indignité il en est écarté, il est logique qu'étant seul sujet au reproche d'indignité,

(1) I, 4, § 3 D. 13, 15.

(2) WINDSCHEID, *op. cit.*, t. II, § 428, p. 849.

(3) I, 16, § 206-207 et 209.

(4) STAUDINGER, *op. cit.*, t. II, § 817, p. 1570.

il ne puisse pas répéter. C'est dans ce sens d'ailleurs que se prononce la jurisprudence (1).

71. — Cette question nous amène aussi à nous prononcer sur le rapport entre la deuxième proposition de l'article 817 et l'article 812 B.G.B. Nous disions plus haut, que, à cause de sa filiation essentiellement romaine, la règle *In pari causa* est strictement limitée à la matière de l'enrichissement sans cause. Il nous reste maintenant à déterminer quelles sont les raisons qui la font jouer pour toutes ces matières et dans quelle mesure. La question est controversée en doctrine et la majorité des auteurs ne veut admettre l'application de la maxime, que dans les limites de l'article 817, tirant argument de la façon dont cet article est rédigé (2). Au contraire, d'autres auteurs estiment qu'il n'y a pas lieu dans cette matière de s'attacher trop à des arguments littéraux, que l'expression « pareille » est synonyme « d'également » et qu'elle ne sert qu'à faire la liaison grammaticale entre la première et la seconde proposition ; qu'au contraire, l'article 817 est une application du principe général énoncé dans l'article 812 et qu'on ne saurait obtenir par le moyen de ce dernier, ce, à quoi du fait de l'indignité, on ne peut prétendre (3).

C'est ce dernier point de vue qui a été adopté par la jurisprudence ; elle s'est prononcée d'une façon très nette dans l'arrêt du 29 mai 1906 (4). Le *Reichs-*

(1) R. G., 19 février 1908, D. J. Z. 1908, p. 583.

(2) OERTMANN, *op. cit.*, t. II, § 817, p. 1034. — PLANCK, *op. cit.*, t. II, p. 261. — STAUDINGER, t. II, § 817, p. 1570.

(3) DERNBURG, *op. cit.*, t. II, p. 461. — Neubecker dans D. J. Z., 1902, p. 568. — ENNECCERUS, *op. cit.*, t. II, p. 734.

(4) R. G. E., 63, p. 346.

gericht reconnaît que, si d'après la rédaction de l'article 817 on serait tenté de limiter l'application de la règle *In pari causa*, il y a de puissantes raisons qui s'y opposent et qui exigent la règle comme un principe général, valable dans toute la matière de l'enrichissement injuste. Considérant, continue le *Reichsgericht*, que, telle qu'elle est sortie des délibérations de la Seconde Commission, la matière de l'enrichissement sans cause, présente un caractère fortement unitaire et que de ce fait il est à supposer que l'idée d'indignité est commune à toutes les actions en enrichissement ; considérant qu'il ne peut pas avoir été dans l'intention du législateur, de laisser à la latitude du demandeur le résultat d'une action immorale, qu'au contraire dans le Premier et dans le Second Projets on avait voulu donner à la maxime une étendue valable à toute la matière de l'enrichissement injuste, et qu'il n'y a pas à supposer que cette idée ait été abandonnée dans le projet définitif, — il faut donner à la maxime *In pari causa* une portée générale. Depuis cet arrêt la jurisprudence est constante sur ce point (1) et quand le *Reichsgericht* affirme dans son arrêt du 25 juin 1925 (2) que « selon la jurisprudence constante, cette disposition constitue une règle applicable à toutes les actions en enrichissement » il ne fait que répéter une vérité bien assise.

72. — L'étendue de la règle *In pari causa* nous pose un problème qui, en doctrine, n'est pas encore parvenu à trouver une solution unitaire. Il concerne les actions

(1) R. G., 21 septembre 1908, R. G. E., 71, p. 1. — R. G., 11 mai 1920, R. G. E., 99, p. 161.

(2) R. G. E., 111, p. 151.

du lésant. Si tout le monde est d'accord quant aux actions du lésé, consistant dans une revendication ou à défaut dans une action en enrichissement, et dans l'action en dommages-intérêts de l'article 826 B.G.B., — on n'est pas du tout d'accord, quant aux actions à accorder au lésant. Le débat a commencé tout de suite après la publication du projet définitif du B.G.B. et l'on constatait que sous l'empire du B.G.B. le lésant se verrait refuser la répétition tandis que, « couvert par les dispositions respectives (articles 138, 2 et 817, 2 B.G.B.) le lésé peut pécher avec l'assistance de la loi » (1).

Avant la mise en vigueur du B.G.B. la lésion était régie dans ses conséquences civiles, par l'article 3 de la loi du 24 mai 1888, reconnaissant au créancier expressément le droit à la répétition. Vint le Code civil ; d'après l'article 138, 2 la lésion est nulle, est nul également l'acte de transfert et les parties auront la revendication ou à défaut l'action en répétition. Mais, tandis que le lésé pourra répéter en vertu de l'article 817, 1 dans tous les cas, le lésant, lui, ne le pourra pas, de par l'article 817, 2. C'est à ce propos qu'on a imaginé de limiter l'étendue de la règle *In pari causa* à l'article 817 et d'accorder au lésant la répétition de l'article 812.

Quelles sont les raisons qu'invoque la doctrine pour justifier le droit de répétition du lésant ? D'abord, on trouve le résultat profondément injuste ; le lésé, dit-on, pourra répéter et en outre, il gardera la prestation du lésant, tandis que celui-ci n'aura ni l'une ni l'autre (2).

(1) GRUCH., 41, p. 797.

(2) ENNECCERUS, *op. cit.*, t. I, § 179, p. 487. — PLANCK, *op. cit.*, t. I, § 148. — TUHR, *op. cit.*, t. III, p. 47.

On refusera au lésant l'action en revendication, parce que l'acte de transfert est un acte abstrait, mais on lui accordera l'action en enrichissement injuste et c'est à ce propos surtout qu'on a essayé de déterminer les domaines d'application des articles 812 et 817 ; on distingue à cet effet l'immoralité objective et l'immoralité subjective. L'article 138 annule les actes contraires aux bonnes mœurs, mais il ne touche — la lésion en est un exemple — qu'aux actes objectivement immoraux. Les parties auront à la suite de la nullité, l'action de l'article 812. Au contraire, les actes entachés d'une immoralité subjective, ne sont pas visés par l'article 138, ils ne sont donc pas nuls ; mais ce qui a été exécuté sur la base d'une pareille convention, est exécuté sur une cause juridique que la loi ne veut pas prendre en considération et on aura la répétition de l'article 817 B.G.B. Cette théorie est très séduisante et même présente-t-elle, à notre avis, certaines parts de vérité. Il est exact, que très souvent l'immoralité d'une convention pourra être constatée sur des données purement objectives et que c'est alors par l'article 812 qu'on devra actionner en répétition. Mais il est profondément erroné d'affirmer, d'une part, que la nullité de l'article 138 ne pourra pas être prononcée pour immoralité subjective, — d'autre part il est inexact de vouloir établir une cloison étanche entre l'article 812 et l'article 817, le premier jouant au cas de nullité objective, le second au cas de nullité subjective, deux zones qui seraient complètement séparées. Il faut, à notre avis, voir une échelle dans les sanctions des articles 812 et 817 ; ce dernier vise l'immoralité subjective des parties, et édicte des sanctions plus sévères ; et s'il est

complètement laissé à la latitude des parties de se prévaloir de l'un ou de l'autre de ces deux moyens, en fait ce sera toujours l'article 817 qui supplantera l'article 812.

En réalité la question semble beaucoup plus simple et plus nette ; la jurisprudence déclare nulle, non seulement l'obligation lésionnaire, mais encore la prestation accomplie en vertu de cette obligation et les parties auront donc en principe l'action en revendication ; quand celle-ci est impossible, on sera réduit à l'action en enrichissement qui sera toujours celle de l'art. 817,1, et, contrairement au lésé qui généralement n'aura rien à se reprocher, le lésant se verra refuser l'action comme indigne. La solution n'est pas irréprochable, mais non pas au point de vue envisagé par certains auteurs ; elle n'est pas irréprochable, parce que par l'admission de la revendication, les parties, le lésé aussi bien que le lésant, pourront l'exercer sans que la règle *In pari causa* puisse s'y opposer. On a bien suggéré d'étendre pour les nécessités de la cause la règle *In pari causa* à la revendication, mais la doctrine aussi bien que la jurisprudence, se sont montrées nettement hostiles à cette idée.

La jurisprudence applique carrément la solution ci-dessus. A la vérité elle ne s'explique pas d'une façon nette, mais elle l'indique indirectement à propos des rapports entre l'article 812 et 817. Le *Reichsgericht* n'admet qu'une exception à cette solution, c'est au cas où le lésant a été déterminé à contracter par des actes dolosifs de la part du lésé (1).

(1) R. G., 1^{er} octobre 1914, R. G. E., 85, p. 294.

SECTION III. — L'ART. 817 ET LES ACTES ABSTRAITS

73. — Dans sa partie finale, l'article 817 s'occupe des engagements abstraits. Selon sa rédaction un peu obscure « ,...à moins que la prestation ne consiste à contracter un engagement ; la prestation fournie pour l'exécution d'un pareil engagement ne peut être répétée », il semble faire d'abord une exception à la règle *In pari causa*, pour y revenir ensuite à nouveau. En réalité ce n'est qu'une confirmation de cette règle, parce que, s'il autorise la condiction d'un engagement abstrait, l'article 817 n'autorise plus la répétition de ce qu'on a presté pour son exécution. Cette disposition était absolument nécessaire, parce que la loi ne peut pas favoriser l'exécution d'un simple engagement, ce qui serait arrivé si elle n'avait pas défendu sa répétition : le *turpiter promissum* peut être répété, le *ex turpiter promissum*, ne peut plus être répété. La disposition finale de l'article 817 est issue de la combinaison des articles 747, 3 et 684, 3 du Premier Projet ; l'article 747 consacrait la règle *In pari causa* et lors de sa discussion on avait fait remarquer que la prestation du solvens pourrait consister à contracter un engagement abstrait. On ne voulait pas que celui qui s'était engagé par acte abstrait et qui en même temps avait contrevenu aux bonnes mœurs, pût être contraint à l'exécution de son engagement. L'intention du législateur était de délivrer le débiteur de son engagement abstrait, parce que la loi ne peut pas reconnaître d'effets à une obligation immorale, camouflée sous une forme abstraite. C'est cette idée qu'on peut retrouver dans l'arrêt du *Reichsgericht*

en date du 5 mars 1910 (1) : « Cette exception (au refus de la répétition) a été introduite dans le but de rendre possible la révocation des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs, mais non encore exécutés. Elle doit s'appliquer sans doute à des promesses de dette, à des reconnaissances de dette exécutables à l'avenir. Quand le solvens remet à la contre-partie de l'argent ou un équivalent, il ne s'agit plus d'un acte juridique non terminé, on a exécuté sa promesse... » On donne encore une justification de cette disposition, justification contestable à notre avis. Si, dit-on, on avait permis la répétition de l'engagement et qu'on n'avait pas refusé celle de la prestation effectuée en exécution de cet engagement, on se serait trouvé en présence d'une contradiction : en supposant qu'on puisse répéter l'engagement après son exécution, ce dernier se serait trouvé sans cause juridique, et pourrait donc être répété en vertu de l'article 812. Ceci nous paraît inexact, étant donné qu'on pourra même à propos de l'article 812, invoquer l'indignité et se mettre sur le terrain de l'article 817.

Ainsi donc, ce que l'on a presté en vertu d'une obligation abstraite, ne peut plus être répété. Nous savons cependant, que très souvent la jurisprudence annule des actes abstraits du droit des obligations, à l'exception des papiers de valeur ; que faut-il décider dans ce cas, appliquera-t-on encore la partie finale de l'article 817 ? Nous ne le pensons pas ; du moment que l'obligation abstraite est nulle, aucun transfert ne s'est produit et le solvens pourra, le cas échéant, intenter l'action en

(1) R. G. E., 73, p. 144.

revendication, sans qu'on puisse lui opposer la règle *In pari causa*.

74. — Quels sont les actes visés par l'article 817 partie finale ? Tout le monde est d'accord d'y faire rentrer tous les actes abstraits du droit des obligations, cession de créance, cession de dette, remise de dette, promesse et reconnaissance de dette, papiers de valeur ; il faut assimiler à ces actes les prestations qui consistent dans la renonciation à un droit quelconque (1). C'est certainement là l'intention du législateur, telle qu'elle ressort des travaux préparatoires, et même, semble-t-il, qu'il n'ait pensé qu'aux actes abstraits du droit des obligations, à l'exclusion des actes abstraits du droit des biens.

En effet, une question importante à laquelle nous avons eu l'occasion de toucher en parlant de l'évolution subie par la jurisprudence, quant aux rapports entre l'acte abstrait et l'acte concret, au point de vue de la nullité pour immoralité, c'est celle de savoir s'il faut considérer comme des prestations « consistant à contracter un engagement » certains actes abstraits du droit des biens, tels que la constitution d'hypothèque ou la constitution d'une dette foncière ; la question présente un certain intérêt, parce que suivant qu'on considère ces actes des prestations rentrant dans les prévisions de l'article 817 partie finale, on pourra oui ou non exercer la condiction à leur égard. Il y a encore un autre intérêt ; dans ses articles 1137, 1163, 1168, 1169, 1, le B.G.B. prend une série de dispositions, en vertu desquelles

(1) R. G., 20 octobre 1920, R. G. E., 100, p. 162.

le créancier ne pourra pas faire valoir ses droits hypothécaires au cas où la prétention venait à disparaître : en vertu de l'article 1163, l'hypothèque appartient au propriétaire de l'immeuble comme dette foncière, si la prestation qu'elle garantit, n'a pas pris naissance ; en vertu de l'article 1137 le propriétaire peut encore demander au créancier de renoncer à l'hypothèque, et en vertu de l'article 1168, il acquiert au cas de renonciation, l'hypothèque. Suivant donc, qu'on admettra ou non la répétition à l'égard des actes constitutifs d'hypothèque et tenant compte des dispositions ci-dessus, on arrivera à des résultats contradictoires ; supposons que la constitution d'hypothèque ne soit pas une « obligation à contracter engagement », on ne pourra donc pas se prévaloir à son égard de l'article 817, mais dans ce cas il y aura contradiction avec les dispositions ci-dessus du droit des hypothèques ; inversement, il n'y aura pas de contradiction.

La doctrine et la jurisprudence sont très divisées sur ce point. En jurisprudence, c'est encore le Cinquième Sénat qui a eu le plus souvent à s'occuper de cette question. Il s'explique largement à ce sujet dans l'arrêt précité du 21 avril 1906 (1) ; partant de l'interprétation des travaux préparatoires, qui semblent prouver que le législateur n'avait pensé qu'aux actes abstraits du droit des obligations, le Cinquième Sénat refuse de reconnaître à la constitution d'hypothèque le caractère d'une prestation au sens de l'article 817. Si on admettait le contraire, « il est évident qu'on arriverait à un résultat inconciliable avec tout sentiment de justice,

(1) R. G. E., 63, p. 179.

parce que le débiteur, du moment qu'on admet que la constitution d'hypothèque prise en garantie d'une somme quelconque est une prestation consistant à contracter engagement, pourra la répéter et se décharger ainsi complètement du restant du prix qu'il avait encore à payer ». Le même Sénat prend une position un peu différente dans son arrêt du 5 février 1908 (1) ; pour répondre à la question, il part cette fois-ci de la définition de la prestation au sens des articles 812 et 817, I B.G.B. La notion de prestation exige, dit-il, qu'il y ait un transfert patrimonial (*Vermögensverschiebung*) ; or, par la constitution d'hypothèque, il n'y a aucun transfert patrimonial et si le Cinquième Sénat ne se prononce pas d'une façon directe, du moins applique-t-il les dispositions du droit des hypothèques ci-dessus, ce qu'il avait refusé de faire dans son arrêt précédent et cumule ainsi sur la tête de l'acquéreur et la propriété et l'hypothèque transformée en dette foncière.

La question s'est présentée devant le Deuxième Sénat dans l'espèce jugée le 8 octobre 1909 (2), qui considère que la constitution d'hypothèque est une prestation consistant à contracter engagement, que le débiteur pourra donc la répéter, et c'est à ce propos qu'il fait appel à l'exception de dol pour éviter de cumuler la propriété sur la tête de l'acquéreur et de le décharger en même temps de son obligation. La solution est embarrassée et on aperçoit toutes les peines que le *Reichsgericht* a, d'arriver à des solutions équitables. Le Cinquième Sénat semble, lui aussi, avoir adopté la solution de l'exception de dol dans ses arrêts du 17 décembre

(1) R. G. E., 68, p. 97.

(2) R. G. E., 71, p. 432.

1910 (1) et du 3 février 1915 (2), mais dans son arrêt du 9 mars 1918, (3), il retourne à sa conception primitive.

Si la constitution d'hypothèque a prêté à controverse, il n'en est pas de même de la dette foncière ; tout le monde est d'accord à l'exclure des prestations visées par l'article 817 partie finale et le *Reichsgericht* se prononce d'une façon nette à cet égard dans son arrêt du 5 mars 1910 (4). La Cour suprême part de la constatation que l'article 817 partie finale, vise les obligations « imparfaites » qui n'ont pas reçu un commencement d'exécution ; mais, quand quelqu'un consent une dette foncière, sa promesse est simultanément accomplie, l'acte juridique réel est parfait. Il est encore à considérer, continue le *Reichsgericht*, que dans le droit des biens le Code civil ne parle que de « sûretés immobilières » et que jamais il n'emploie l'expression de « contracter un engagement réel », ce qui laisse encore à supposer qu'il exclut du champ d'application de l'article 817 partie finale, la dette foncière. C'est donc une solution différente de ce que le *Reichsgericht* admet en matière d'hypothèque. La raison suivant la jurisprudence réside dans la relation très étroite, qui existe entre l'hypothèque et la dette à laquelle elle sert de garantie. Au contraire, pour la dette foncière, la loi ne suppose aucune prétention ; il est possible, quoiqu'en pratique cela arrive assez rarement, de constituer une dette foncière sans que celle-ci soit destinée à servir

(1) R. G. E., 75, p. 68.

(2) R. G. E., 86, p. 191.

(3) Cf. *supra*, p. 200.

(4), 73, p. 143.

de sûreté à une prétention. Ce détachement suffit aux yeux de la jurisprudence, pour justifier une solution différente.

SECTION IV. — QUESTIONS SUBSIDAIRES

Dans cette section, nous allons nous occuper très brièvement de deux questions : le montant et l'étendue de l'obligation à restitution et la preuve.

75. — L'objet de l'obligation à restitution pour toute action en enrichissement injuste, est prévu par le B.G.B. dans son article 818, 1. Aux termes de cet article, on devra restituer d'abord la chose même en nature, ou à défaut sa valeur, les produits, c'est-à-dire les fruits naturels et civils, « le profit perçu ainsi que tout ce que le bénéficiaire gagne sur le fondement du droit acquis ou à titre d'indemnité pour la destruction, la détérioration ou la soustraction de l'objet qu'il a acquis ». L'évaluation de l'enrichissement se fera au moment où le bien est entré dans le patrimoine de l'enrichi et au sens de l'article 818, 3, la valeur à restituer ne dépassera jamais l'enrichissement du bénéficiaire, de sorte que l'obligation à restitution disparaît si au moment où l'action est intentée, le patrimoine du défendeur ne se trouve pas enrichi.

En suivant la tradition romaine, le Code civil allemand aggrave l'obligation à restitution dans certains cas, surtout au cas d'immoralité du bénéficiaire. « Lorsque le bénéficiaire par l'acceptation de la prestation — déclare l'article 819, 2 — s'est mis en contradiction avec une prohibition légale ou avec les bonnes mœurs, il

est obligé de la même manière, à partir de la réception de la prestation. » De la même manière, — cela revient à dire que le bénéficiaire est tenu, comme si l'obligation à restitution faisait l'objet d'une litispentence. A partir de ce moment, l'accipiens doit être plus vigilant, il perdra sa situation privilégiée et sera tenu conformément aux dispositions générales, c'est-à-dire, on lui appliquera les dispositions des articles 291 et 292 B.G.B. relatives aux rapports entre propriétaires et possesseurs. Il sera tenu de toutes les pertes et dégradations survenues ; il devra restituer les fruits perçus et ceux qu'il aurait dû percevoir, et lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, les intérêts légaux commenceront à courir ; enfin, il ne pourra déduire du total de la restitution que les impenses nécessaires.

Les auteurs accentuent souvent le fait que pour être tenu de cette manière aggravée il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire soit conscient de la contravention aux bonnes mœurs. En effet, l'article 819, 2 n'en parle pas ; mais il n'en sera pas moins indispensable que l'accipiens fût de mauvaise foi. En voilà la raison : pour que l'article 817 puisse jouer, la conscience du fait réprobable est indispensable ; l'article 819, 2 ne joue qu'ultérieurement et après que les actions de l'article 817 aient été exercées, donc les parties seront nécessairement de mauvaise foi.

76. En ce qui concerne la preuve des actions de l'article 817, on suit les règles du droit commun : *onus probandi incumbit ei qui dicit*, le demandeur devra donc prouver son appauvrissement, l'enrichissement corrélatif de l'accipiens et l'indignité de celui-ci. Au contraire,

il ne sera pas tenu à prouver que lui-même, il n'est pas atteint du reproche d'indignité ; la preuve de ce fait incombe à l'accipiens, qui invoquera la maxime *In pari causa*. Enfin, à l'exception opposée par le défendeur, le demandeur pourra répliquer et prouver qu'il s'agit d'une prestation consistant à contracter un engagement et ce sera au défendeur ensuite de répondre que le demandeur a déjà exécuté son engagement.

CHAPITRE III

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS A RAISON D'UN ACTE CONTRAIRE AUX BONNES MŒURS

77. En principe, la violation d'une obligation conventionnelle ne donne pas lieu à une action en dommages-intérêts ; il se peut cependant — et la jurisprudence nous donne de nombreux exemples, que la violation de l'obligation contractuelle constituât en même temps un acte contraire aux bonnes mœurs et justifiât une action en dommages-intérêts de l'article 826 B.G.B. On avait longtemps discuté sur les rapports entre les deux actions et sur leur possibilité d'exercice. A l'heure actuelle, et depuis l'arrêt de principe du 13 octobre 1916, la majeure partie de la doctrine, ainsi que la jurisprudence du *Reichsgericht*, admettent constamment, qu'elles pourront être exercées concurremment.

Supposons cependant le cas, comme cela arrive presque toujours en matière de conventions immorales, que les parties n'aient à leur disposition, que l'action en enrichissement injuste ; pourra-t-on exercer en même temps l'action de l'article 826 B.G.B. ? Nous avons signalé le problème ci-dessus et nous avons fait remarquer, que la majeure partie de la doctrine ainsi que la jurisprudence

admettent leur exercice parallèle. Nous nous occuperons dans ce chapitre donc, de l'action en dommages-intérêts de l'article 826 B.G.B.

78. L'article 138,1 B.G.B., formule la sanction pour les actes juridiques qui sont contraires aux bonnes mœurs : c'est la nullité. Nous trouvons dans le Code civil allemand un autre article, inséré à la matière des obligations, au titre des délits — *Unverlaubte Handlungen*, qui parle également d'actes (il faut plutôt entendre faits) contraires aux bonnes mœurs, mais qui ne donne comme sanction, qu'une action en réparation du dommage ; c'est l'article 826 B.G.B. conçu dans les termes suivants : « Quiconque intentionnellement cause dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est obligé envers cet autre, à la réparation du dommage. »

La première question qui se pose à l'esprit c'est celle de savoir quel est le rapport entre les articles 138 et 826 B.G.B. La réponse est aisée : Le dernier vise une atteinte apportée à l'idée de l'ordre général, devant exister dans une société, ordre qui est à respecter par tous et qui forme un des piliers de l'existence de l'homme en société. Le premier vise à la sanction à donner à une convention, existant entre deux ou plusieurs individus, liés entre eux par un rapport de droit.

C'est une distinction qu'on pourrait formuler d'une façon générale ; la cloison cependant, entre les deux situations n'est pas étanche. Il se peut très bien qu'entre deux personnes, liées entre elles par une convention, il y ait lieu d'appliquer l'article 138,1 B.G.B., mais qu'en dehors de cette sanction qui frappe le contrat dans son

existence, les agissements d'une des parties constituassent une atteinte à cette règle d'ordre général que nous avons vue plus haut, et soient comme tels redevables de l'article 826 B.G.B. On pourra invoquer dans ce cas les deux articles à la fois. Il y aura lieu à des dommages-intérêts, il faut bien s'entendre, non pas pour nullité du contrat la *culpa in contrahendo*, mais en vertu des faits délictuels imputables à l'une des parties. Il peut s'agir par conséquent d'une responsabilité, — sanction allant parallèlement avec la sanction de la convention elle-même ; mais il peut également s'agir d'une responsabilité découlant de la structure de la convention elle-même, si les faits dont il s'agit vont également à l'encontre de ces règles générales que chaque individu est tenu de respecter.

La jurisprudence abonde en espèces pouvant servir d'exemples de phénomènes à la fois de distinction et de compénétration. Cette situation nous semble ressortir très clairement de l'arrêt du 5 novembre 1907 (1) ; il s'agissait, en l'espèce, d'un créancier qui avait effectué une saisie-arrêt sur plusieurs créances de son débiteur. La réclamante, la femme du débiteur, intente une action réconventionnelle (*Widerspruchsklage*) en affirmant que les créances saisies lui appartiennent comme résultant d'actes juridiques, conclus par elle-même, en tant que propriétaire d'une industrie. La créancier répond que le débiteur-mari n'a transféré son industrie au nom de sa femme, que pour échapper à l'exécution forcée de ses débiteurs et demandait par conséquent contre cet acte les sanctions des articles 138,1, 826, et 117 B.G.B. En

(1) R. G. E., 67, p. 169.

vertu du premier il demandait la nullité de la convention comme étant contraire aux bonnes mœurs, sanction destinée à effacer le rapport juridique existant ; par le second il demandait des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il avait eu à subir du fait de cet acte contraire aux bonnes mœurs (1).

L'article 826 B.G.B. est inséré au Titre des délits civils, (*Unerlaubte Handlungen*), où il fait partie de cette réglementation très minutieuse et assez étendue que le Code civil allemand a consacrée aux faits illicites donnant lieu à des dommages-intérêts.

Dans l'esprit de l'opinion générale, de la doctrine, aussi bien que de la jurisprudence, l'article 826 B.G.B. correspond à l'*actio doli* du droit romain et du droit commun (2), avec cette différence que l'action de l'article 826 n'est pas infamante et n'a pas un caractère seulement subsidiaire. Dans les projets des deux Commissions, les articles consacrés à ce sujet (705. et ensuite 749) visaient des actes qui, tout en usant de la liberté générale — c'étaient les termes mêmes — portaient un préjudice à autrui d'une façon contraire aux bonnes mœurs ; il fallait donc conclure que tous les actes qui étaient accomplis en vertu d'un droit subjectif, ne pouvaient pas donner lieu à une action en dommages-intérêts. La « chicane » n'était sanctionnée ni dans le premier ni dans le Second Projet, au contraire les Mo-

(1) R. G. E., 67, p. 182. — R. G. E., 83, p. 183. — R. G. E., 85, p. 185. — R. G. E., 87, p. 64 et 289. — R. G. E., 90, p. 408. — R. G. E., 99, p. 263.

(2) M. II, p. 755. — DERNBURG, *op. cit.*, t. II, § 393. — CROME, *op. cit.*, t. II, § 330. — OERTMANN, *op. cit.*, § 826. — R. G. E., 58, p. 356.

tive (1), accentuent qu'un droit peut être exercé librement et sans restriction, ni sanction. C'est la Commission du *Reichstag* qui imposa l'article 826 B.G.B. dans sa teneur actuelle, estimant qu'il « était inadmissible que quelqu'un puisse causer un préjudice à autrui, fût-ce même en usant d'un droit » (2). On s'arrêta donc à cet article 826, qui condamne les actes commis en vertu de la liberté générale, ainsi que ceux accomplis en vertu d'un droit, du moment qu'on agissait intentionnellement d'une façon contraire aux bonnes mœurs. Voilà dans la matière des obligations délictuelles, une application extrêmement large, parce que avec le peu de précisions que l'article est rédigé, il embrassera une foule de situations, de l'idée du respect des bonnes mœurs.

Ceci étant établi il se pose encore une autre question : quel est le rapport de l'article 826 avec l'article 226 B.G.B. ? Ce dernier, imposé également par la Commission du *Reichstag*, est conçu dans les termes suivants : « Quiconque use de son droit, dans le but uniquement de nuire à autrui, fait un acte illicite. »

Le rapport de ces deux articles avait donné lieu à un débat assez passionné ; tandis que la majorité des auteurs (3), estime que l'article 226 ne vise que l'exercice d'un droit, par contre l'article 826 tout acte intentionnel, contraire aux bonnes mœurs, indifféremment s'il a été accompli en vertu d'un droit subjectif ou de la liberté générale, certains auteurs et surtout Planck (4) y

(1) II, p. 727.

(2) Bericht der Reichstagskommission, p. 58.

(3) ENDEMANN, *op. cit.*, t. I, § 200. — CROME, *op. cit.*, t. II § 330. — ENNECCERUS, *op. cit.*, § 453.

(4) PLANCK, *op. cit.*, § 226, n° 1 et 826.

voient une contradiction et cherchent à la résoudre, soit en excluant totalement l'exercice d'un droit du domaine de l'article 826, soit en n'admettant l'application de ce dernier que si les conditions de l'article 226 sont également remplies : s'agit-il d'un acte qui ne constitue pas l'exercice d'un droit, il suffira de constater que cet acte est contraire aux bonnes mœurs et qu'il a été accompli dans un but préjudiciable ; s'agit-il d'un acte qui constitue en même temps l'exercice d'un droit, l'article 826 ne devient applicable que si cet acte a eu exclusivement pour but de causer un dommage à autrui.

Nous ne saurions nous rallier à cette opinion, que d'ailleurs son auteur lui-même a abandonnée dans une édition ultérieure de son Commentaire. Le texte de l'article 226 B.G.B. est clair, il ne vise que les actes qui ont pour but de causer un dommage à autrui, tout autre but en étant exclu. Au contraire l'article 826 B.G.B. est bien plus large, il comprend tous les actes, soit qu'ils aient eu pour but uniquement de causer un dommage, soit qu'ils en aient d'autres, tels que le propre profit, le profit d'un tiers, du moment qu'ils sont intentionnels, contraires aux bonnes mœurs et susceptibles de causer un préjudice. Il en résulte donc, que l'exercice d'un droit peut être licite au point de vue de l'article 226, en tant qu'il ne poursuit pas un but dommageable, mais donner lieu à des dommages-intérêts par application de l'article 826 B.G.B.

Ceci résulte des travaux préparatoires, ainsi que de la jurisprudence. Les deux articles dans leur teneur actuelle, ont été insérés par la Commission du *Reichstag* ; or, si on avait voulu donner aux rapports existants entre eux l'interprétation primitive de Planck, le but de l'ar-

ticle 826 aurait été totalement manqué, parce que précisément on l'avait rédigé tel quel, pour frapper les préjudices causés à la suite de l'exercice d'un droit formel. D'autre part, il n'aurait pas été nécessaire de formuler cet article 826, parce que dans ce cas des actes tombant sous l'article 226 auraient très bien pu donner lieu à des dommages-intérêts par application de l'article 823 B.G.B. et ceci dans des conditions sensiblement plus faciles, étant donné que cet article n'exige que la preuve de l'intention ou de la négligence et non plus celle de l'atteinte aux bonnes mœurs.

Enfin, il y a également la jurisprudence qui se prononce d'une façon constante en faveur d'une interprétation large. Le Reichsgericht dans son arrêt du 1^{er} juin 1904 (1), après avoir rappelé l'opinion de Planck estime que «... ni la teneur ni l'historique de l'article 826 B.G.B. ne fondent une interprétation restrictive. »

Dans l'arrêt du 9 décembre 1905 (2), nous trouvons à peu près la même formule : « Le *Reichsgericht* a déclaré à diverses reprises, y lisons-nous, que l'article 826 est destiné à battre en brèche les dommages déloyaux qui peuvent surgir dans la vie et qu'il est dès lors applicable même à un acte qui constitue l'exercice d'un droit, du moment que cet acte porte préjudice à autrui d'une façon contraire aux bonnes mœurs » (3).

79. Dans sa construction technique l'article 826

(1) R. G. E., 58, p. 214.

(2) R. G. E., 62, p. 137.

(3) Dans le même sens R. G., 21 juin 1907, R. G. E., 66, p. 236. — R. G., 23 juin 1914, R. G. E., 85, p. 195. — R. G. E., 86, p. 191.

B.G.B. comporte trois éléments, conditions de son application, à savoir, un préjudice, l'atteinte aux bonnes mœurs, l'intention.

a) *Le Dommage*. — Le dommage au sens du Code civil, est toute destruction ou dégradation apportée à un droit d'autrui (1) ; doit être dès lors, considéré comme tel, le dommage matériel, économique, ainsi que le dommage moral. Les articles 249, 255 B.G.B. déterminent dans quelle mesure et de quelle façon le dommage doit être réparé.

Principiellement, on doit rétablir la situation qui aurait existé, si le fait générateur de dommage ne s'était pas produit (art. 249, 1 B.G.B.). Ce principe de *l'in integrum restitutio* sera cependant le plus souvent enfreint et il y aura lieu dans ces cas-là, à des dommages-intérêts en espèces ; ceci dans les cas admis par les textes et surtout dans le cas de l'article 251 B.G.B., au sens duquel si la restitution n'est pas possible, ou que le dédommagement du créancier n'est pas suffisant, il y aura lieu à une réparation en espèces. Quant au montant de la réparation, il y a lieu de tenir compte du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* (art. 252 B.G.B.) ; si cependant, il s'agit seulement d'un préjudice moral, sa réparation ne peut consister que dans la restitution des choses dans leur état antérieur, conformément à l'article 253 B.G.B. et à la jurisprudence qui est en ce sens. Dans l'arrêt du 3 octobre 1918 (2), les faits étaient les suivants : la belle-sœur du demandeur avait envoyé une lettre à celui-ci, interceptée par sa femme, ouverte en complicité avec

(1) STAUDINGER, *op. cit.*, t. II, 1 observations préliminaires aux articles 249 à 255, B. G. B.

(2) R. G. E., 94, p. 1.

le père, photographiée, — et les copies avaient servi dans le procès de divorce, que la femme avait intenté contre son mari. Celui-ci intente une action en extradition des copies. Le tribunal déboute le demandeur mais le *Oberlandesgericht* estime qu'il y a eu préjudice moral, par la violation du secret épistolaire et que la seule forme de dédommagement que le réclamant pourrait obtenir, c'est l'extradition des copies, s'il avait un droit sur elles, mais comme il n'en a point, les copies seront confiées à un huissier avec la mission de les détruire. Le *Reichsgericht* se rallie à cette argumentation et exclue donc la possibilité des dommages-intérêts pécuniaires alors qu'il s'agit d'un simple préjudice moral (1).

Pour qu'il y ait lieu à réparation, il faut un lien de causalité entre le préjudice et le fait qui lui donne naissance, condition en conformité d'ailleurs, avec la règle générale admise en matière de délits civils. Ce fait doit-il toujours être un fait positif ou peut-il être également constitué par une abstention ? La question est assez controversée ; la jurisprudence semble se prononcer plutôt pour l'admission de l'abstention et dans son arrêt du 14 mars 1910 (2), le *Reichsgericht* déclare qu'il peut y avoir atteinte aux bonnes mœurs par une simple abstention. Il en est de même d'ailleurs au cas de l'article 823 B.G.B.

A la différence cependant de l'alinéa premier de l'article 823 B.G.B., qui exige un objet bien déterminé, la vie, le corps, la santé, la liberté, la propriété ou un autre droit (notion controversée, mais qui ne saurait

(1) Dans le même sens R. G. E., 45, p. 170.

(2) J. W., 1910, p. 470.

comprendre tous les droits), la nature du bien ou du droit qui a subi le préjudice est indifférente aux yeux de l'article 826 B.G.B. ; il peut s'agir comme dans l'arrêt du 11 avril 1901 (1), cité et analysé dans le chapitre précédent, de la diminution d'une possibilité de gain, ou comme dans l'arrêt du 11 mars 1912 (2), d'un dommage médiat. L'espèce était la suivante : le demandeur, — dont la femme était propriétaire d'une entreprise et avait conclu en cette qualité un contrat avec le défendeur, en vertu duquel toutes les marchandises dont il avait la commande devaient être façonnées par lui, contrat rompu unilatéralement par ce dernier, — avait demandé des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il aurait subi de ce fait étant donné qu'il était employé dans l'entreprise de sa femme, et ceci indépendamment de l'action intentée par l'entreprise, du fait que le défendeur avait fait répandre parmi la clientèle le bruit au sens duquel le demandeur aurait commis des fraudes au détriment du défendeur, ce qui était de nature à détourner la clientèle. Le Tribunal d'appel le déboute, mais le *Reichsgericht* déclare que si le préjudice ne saurait résulter des textes sur les régimes matrimoniaux, en vertu desquels le gain réalisé indépendamment par la femme constitue un bien réservé, le préjudice résulte de l'article 826, B.G.B. ausens duquel il suffit d'un préjudice médiat (3). Il y aura également dommage s'il s'agit d'une transmission à titre gratuit et que le donateur y a été amené par des manœuvres frauduleuses. Dans son arrêt du

(1) R. G. E., 48, p. 124.

(2) R. G. E., 79, p. 58.

(3) Dans le même sens R. G., 25 juin 1925, R. G. E., 111, p. 156.

25 septembre 1916 (1), le *Reichsgericht* dit que, celui qui aliène à titre gratuit des biens, subit une perte, mais non pas un dommage au sens de l'article 826 ; il y aura dommage s'il aura été trompé sur le but, et que s'il avait su que ce but ne se réaliserait pas il n'aurait pas fait la libéralité. Il pourra y avoir également combinaison des articles 123 et 124 B.G.B. avec l'article 826. En principe, le dol et la violence ne fondent pas une action en dommages-intérêts ; il se pourra cependant quelquefois qu'il y ait lieu à réparation, sans que le droit de demander l'annulabilité de la convention fût enlevé pour cela (2). Quelquefois même, la partie victime du dol ou de la violence, n'aura que l'action en réparation ; c'est dans le cas où l'action en annulation, qui se prescrit très vite, a été prescrite. Primitivement, le *Reichsgericht* avait décidé le contraire (3) ; mais depuis, un revirement s'est produit dans le sens indiqué plus haut et la jurisprudence à l'heure actuelle est constante sur ce point (4). Le moment principal pour l'application de l'article 826 c'est la conscience ; le dol contraire aux bonnes mœurs et comme tel tombant sous le coup de cet article, peut être engendré par la provocation de l'erreur ou par le fait d'en tirer parti, par l'affirmation des choses mensongères, comme par exemple le fait de rassurer l'acheteur que les marchandises ne sont pas susceptibles d'être confisquées, de le déterminer à l'achat quoique le vendeur savait qu'elles allaient être confisquées (5).

(1) R. G. E., 88, p. 406.

(2) Warn., 1913, n 42.

(3) R. G. E., 63, p. 268.

(4) R. G. E., 79, p. 194. — R. G. E., 84, p. 131. — R. G. E., 103, p. 159.

(5) Warn., 1920, n° 41.

b) *L'atteinte aux bonnes mœurs.* — La deuxième condition d'application de l'article 826 B.G.B., c'est l'atteinte aux bonnes mœurs. C'est le deuxième élément objectif, disent les auteurs allemands. Il faut bien s'entendre sur ce terme : est certainement objectif l'élément dommage, est également objective l'atteinte aux bonnes mœurs, en ce qui concerne son existence matérielle, mais elle est subjective quant à sa conception.

Nous ne saurions adopter un autre point de vue, alors qu'il s'agit d'un délit de l'article 826 B.G.B. ; la notion des bonnes mœurs dans le Code civil allemand est unitaire ; ce qui diffère, c'est son organisation technique, c'est l'acte par lequel on porte atteinte aux bonnes mœurs qui exige telle ou telle autre sanction. On ne peut pas, à notre sens, tirer parti du fait que la sanction de l'article 138 B.G.B. est la nullité, tandis que celle de l'article 826 B.G.B. est une action en réparation, des conclusions sur une différence dans la notion des bonnes mœurs.

De quelle façon faut-il qu'il y ait atteinte aux bonnes mœurs ? Il faut que ceci résulte des faits, de leur complexité. Dès lors, des faits qui dans leur individualité ne présentent pas une pareille atteinte, comme par exemple le fait de témoigner d'une sévérité particulière dans la façon de recouvrer une créance, peuvent très bien associés à d'autres faits, tomber sous le coup de l'article 826. C'est ce que le *Reichsgericht* affirme dans son arrêt du 1^{er} juin 1904 (1), où il est dit que » ... le dit arrêt (de l'*Oberlandesgericht*) n'est pas fondé sur le fait que le demandeur était coupable de plusieurs infractions indépendantes allant à l'encontre de l'article 826, mais d'un en-

(1) R. G. E., 58, p. 219.

semble de circonstances formant une action continue... »

En étudiant la différence entre les articles 134 et 138 B.G.B., nous sommes arrivés à la conclusion, qu'un acte contraire à une prohibition légale, n'est pas nécessairement contraire aux bonnes mœurs, quoique cela puisse arriver très souvent. De même, un acte contraire à une prohibition légale ne fait pas nécessairement jouer l'article 826 ; le *Reichsgericht* le déclare dans son arrêt du 28 septembre 1911 (1), tout en admettant que « la contravention continue et intentionnelle à une loi prohibitive, quand elle est combinée avec un préjudice causé à autrui, pourrait constituer un acte contraire aux bonnes mœurs, » et comme telle elle serait redevable de l'article 826.

Faut-il que l'agent soit conscient de l'atteinte que par ses actes il porte aux bonnes mœurs. La jurisprudence ne l'exige pas ; dans l'arrêt de principe du 8 février 1912 (2), il est dit qu'il ne faut qu'une atteinte objective aux bonnes mœurs, ce qui revient à dire que les conditions d'applications de l'article 826 sont satisfaites, du moment que l'agent se rend compte de la matérialité des faits. Ceci en principe général, mais ce principe général est très souvent battu en brèche par la règle morale. Voici quelques espèces propres à servir comme exemple : dans l'espèce du 3 mai 1909 (3), les faits étaient les suivants : une entreprise commerciale avait refusé à un apprenti un certificat de travail, sous prétexte que celui-ci avait soutenu les grévistes, lors d'une grève et qu'il avait témoigné d'une conduite irrévérencieuse à l'égard du pa-

(1) R. G. E., 77, p. 217.

(2) R. G. E., 79, p. 17.

(3) R. G. E., 71, p. 108.

tron. L'apprenti intente alors contre la société l'action en réparation de l'article 826 B.G.B. Le tribunal de première instance et la Cour d'appel admettent l'action, considérant la conduite de la société contraire aux bonnes mœurs. Le *Reichsgericht* casse pour les motifs suivants : il estime qu'il y a lieu de considérer l'acte sous l'angle objectif et subjectif à la fois, qu'« il y a lieu de voir si l'agent, dans la situation dans laquelle il se trouvait, pouvait reconnaître son acte comme étant une atteinte aux bonnes mœurs, ou qu'il n'était pas justifié. » C'est précisément ce qui était arrivé ; la société avait cru agir dans la plénitude de son droit, vu le rapport qu'on lui avait présenté sur la question. N'importe qu'objectivement son intervention était contraire aux bonnes mœurs. Un autre exemple nous est fourni par l'arrêt du 3 décembre 1917 (1) ; il s'agissait d'un auteur ayant reproduit, dans une version inexacte, des vers qui de ce fait étaient susceptibles de causer un grand tort à certaines personnes. Celles-ci se plaignent en invoquant l'article 826. Le *Reichsgericht* estime que celui-ci ne pourrait être appliqué en l'espèce parce que «... un dommage intentionnel et contraire aux bonnes mœurs, ne peut être reproché au défendeur, du moment qu'il n'est pas conscient de son acte illicite » (2).

c) Le troisième élément exigé par l'article 826, c'est la conscience. On dit que par opposition aux deux éléments antérieurs, celui-ci est de nature subjective. Très souvent la question de conscience est indissolublement liée à la question des bonnes mœurs. Le *Reichsgericht* établit lui-

(1) R. G. E., 91, p. 350.

(2) Dans le même sens J. W. 1912, p. 290. — J. W. 1925, p. 2245.
— Warn. 1909, n° 506.

même cette connexion, surtout dans son arrêt de principe du 29 mars 1917 (1), où il est dit que » ... dans beaucoup de cas la question de savoir si le dommage a été causé sciemment, ne pourra pas être séparée de la question de savoir s'il a été porté atteinte aux bonnes mœurs. »

Qu'est-ce que l'on entend précisément par conscience ? C'est la conscience chez l'agent fautif, que son acte contraire aux bonnes mœurs, est susceptible de causer un dommage ; c'est de la conscience du dommage qu'il s'agit (2). La loi est très large à cet égard, elle n'exige pas l'intention de causer préjudice ; la simple conscience que le fait fautif pourrait être susceptible de le constituer, est suffisante. A plus forte raison y aura-t-il lieu d'appliquer l'article 826 B.G.B., quand l'intention de causer préjudice est caractérisée, parce que qui peut le plus peut le moins.

On peut aller plus loin encore : On admet qu'il y a conscience également, au cas de dol éventuel, c'est-à-dire au cas, où l'agent a conscience du fait que par son acte il pourrait léser autrui et du moment que ce résultat possible il l'a englobé dans sa volonté. Ce résultat ne doit pas s'avérer comme une éventualité trop éloignée ; tout ceci d'ailleurs est une question de fait, qui sera résolue souverainement par le juge (3).

Des commentateurs (4), estiment que l'article 826

(1) R. E. G., 90, p. 106.

(2) R. G., 24 octobre 1919, Recht 1920, p. 652. — R. G., 22 mai 1922, Recht 1923, p. 675.

(3) R. G., 26 novembre 1903, R. G. E., 56, p. 73. — R. G., 27 mai 1908, R. G. E., 68, p. 431. — R. G., 27 mai 1914, R. G. E., 76, p. 313.

(4) STAUDINGER, *op. cit.*, t. II, 3, § 826, p. 1822.

est applicable même si l'intention des parties était irréprochable et on invoque à ce propos l'arrêt du 19 octobre 1914 (1) ; il s'agissait en l'espèce d'un certain nombre de contrats, par lesquels un architecte s'était assuré des crédits et qui en réalité ne servaient qu'à diminuer son actif. Tombant en déconfiture, les créanciers qui ne trouvent plus rien, intentent l'action en dommages-intérêts de l'article 826. Le *Reichsgericht* constate que, vu les constatations des juges du fait, tous les contrats avaient pour but de soustraire le patrimoine de l'architecte à l'emprise de ses créanciers et par conséquent de leur causer préjudice. Nous nous demandons en quoi cet arrêt peut être invoqué en faveur de la thèse ci-dessus ? Les juges du fait avaient bien caractérisé le but qui avait présidé à la conclusion des contrats en question, qui est un but immoral.

Il est souvent très malaisé de distinguer l'intention de nuire et la négligence tout simplement. Cette dernière en principe, ne fait pas jouer l'article 826 B. G. B. Il y a cependant un certain nombre de situations, — où une délimitation précise est impossible et où l'appréciation du juge du fait est souveraine, — et où une négligence grave équivaut, dans les yeux de la jurisprudence, à l'intention de causer préjudice. Dans telle hypothèse, par exemple, où un médecin par trop superficiel et méconnaissant la gravité de sa décision, déclare quelqu'un atteint d'une maladie mentale et provoque par la suite son interdiction, il y aura certainement lieu à des dommages-intérêts de l'article 826 (2). Dans ce cas, la

(1) R. G. E., 85, p. 343.

(2) R. G., 15 novembre 1909, R. G. E., 72, p. 175.

jurisprudence exige l'existence de fortes présomptions sur l'intention de porter préjudice à la victime ; ainsi dans notre espèce, il est fort probable que des proches parents du patient avaient un gros intérêt à son interdiction et le médecin, qui n'avait pas méconnu ce détail, aurait dû s'imposer une minutie et une attention accrues dans l'examen du malade.

Enfin faut-il rappeler des dispositions relatives aux délits civils en général, trouvant ici leur application. Ainsi, celui qui est obligé à rendre la chose acquise intentionnellement par un délit, ne peut pas invoquer le droit de rétention de l'article 273, 2 B. G. B. (1). De même, conformément à l'article 393 B. G. B., la compensation n'est pas admise à l'égard d'une prétention issue d'un délit civil commis intentionnellement (2). Enfin, il n'y aura pas lieu au droit de rétention, non plus dans le cas des impenses qu'un possesseur d'un objet acquis à la suite d'un délit civil, a faites sur cet objet.

(1) R. G., 19 octobre 1909, R. G. E., 72, p. 6.

(2) R. G., 30 décembre 1908, Warn., 1909, n° 179.

TROISIÈME PARTIE

LA NOTION DE BONNES MŒURS DANS QUELQUES DOCTRINES RÉCENTES EN ALLEMAGNE

CHAPITRE UNIQUE

80. Dans nos Première et Deuxième Parties, nous avons envisagé les bonnes mœurs sous leur aspect technique, nous avons passé en revue les textes et la jurisprudence et nous avons essayé d'en dégager quelques aspects et d'en tirer quelques enseignements. Dans la Troisième Partie, nous nous proposons d'envisager très rapidement, les bonnes mœurs dans quelques doctrines de philosophie juridique des dernières années en Allemagne ; aussi le ferons-nous très rapidement, parce que dans un travail qui est principalement un travail de droit positif, on ne saurait trop y insister. Cependant, en parlant des bonnes mœurs, il nous a paru que le tableau en serait incomplet, si nous ne rappelions pas quelques doctrines où elles sont appelées à jouer un rôle capital. Par ses caractères, la Troisième Partie se rattache aux développements que nous avons faits dans notre Introduction ; nous y avons constaté, qu'à la veille de la codification civile en Allemagne, les tendances étaient nettement orientées vers une vue matérialiste des choses du droit. Nous avons enregistré cependant, qu'au seuil du xx^e siècle on assiste à un abandon des théories matérialistes et à un retour, sinon vers des vues plus subjectives, morales, du droit, mais du moins, à des tendances portées à assigner aux choses du droit des fondements

rationnels. Dans notre Introduction nous avons signalé deux auteurs qui sont particulièrement à retenir à ce propos ; il nous reste maintenant à approfondir leurs doctrines, relativement à la matière qui forme l'objet de notre travail.

Si Stammler se signale par un système formel, de valeur générale, objectif, essentiellement logique et abstrait et dénué de tout contenu *a priori*, — Cathrein encadre sa doctrine juridique dans une forte philosophie morale. Pour l'un et l'autre, le respect des bonnes mœurs est l'exemple type, direct, en législation positive de la règle de Droit. Nous consacrerons à chacun d'eux une section.

SECTION I. — LA NOTION DE BONNES MŒURS DANS LA DOCTRINE DE STAMMLER

Pour Stammler les bonnes mœurs, c'est le droit juste même ; il ne faudra pas aller chercher dans d'autres domaines, que celui du droit, ce que sont les bonnes mœurs, — et c'est pour cela qu'il écarte dès le début toute préoccupation morale. Deux ordres d'idées doivent nous conduire dans notre essai de résumer la doctrine de Stammler : en premier lieu, comment et pourquoi il écarte la morale, établissant une séparation très nette entre cette discipline et le droit ; en second lieu, comment il arrive à encadrer les bonnes mœurs dans son système général et à les identifier avec le droit juste. Nous soumettrons à une brève critique les résultats obtenus de la sorte.

81. Au sens de la doctrine de Stammler, l'article 138

B. G. B. en défendant les atteintes aux bonnes mœurs, pourrait aussi bien dire qu'il prohibe les atteintes au droit juste (1). Quelle est dans la doctrine de Stammler la notion de bonnes mœurs et comment arrive-t-il à les identifier au droit juste ?

Il est inadmissible d'aller chercher l'explication d'un contenu juridique, à l'aide de normes situées en dehors de l'ordre juridique ; la détermination du droit juste, doit être faite selon des règles de l'ordre juridique, parce que « le droit juste n'est pas une norme ayant une substance propre à consistance empirique spéciale, mais un droit aux propriétés formelles déterminées... Les bonnes mœurs ne signifient pas une règle, qui mène je ne sais quelle existence en dehors du droit : elles existent dès qu'un certain droit revêt dans son contenu la qualité formelle du juste (2) ». Ne doit-on pas cependant faire certaines exceptions pour la morale ? Ne doit-on jamais puiser le contenu du droit juste dans le domaine de la morale ? L'auteur le nie avec force (3).

Les raisons pour lesquelles on doit opérer cette séparation très nette, sont faciles à saisir ; ce sont les mêmes raisons, invoquées par tous les partisans de la séparation, quoique chez Stammler elles sont présentées d'une façon un peu particulière. La morale vise la perfection de la conscience, tandis que le droit est une réglementation extérieure de la conduite humaine. Si cependant, la morale et le Droit ont des tâches séparées, ceci ne veut nullement dire, qu'ils ne soient pas le résultat d'une même manifestation de volonté ; en d'autres termes,

(1) R. STAMMLER, Die Lehre von dem Richtigen Rechte, p. 48, 402.

(2) *Ibid.*, p. 48.

(3) *Ibid.*, p. 51.

on ne saurait concevoir des manifestations de volonté, divisées en deux catégories, dont l'une serait soumise à la Morale et l'autre au Droit. La différence ne consiste pas dans un contenu déterminé, mais dans la manière dont la « volition du juste (*das Wollen des Richtigen*) se manifeste ; dès lors, toute action humaine peut être considérée du double point de vue, du droit juste et de la morale. C'est précisément pour cela qu'il faut les séparer ; mais c'est aussi pour cela que finalement ces deux disciplines se rejoignent. Comment ? Non pas par une confusion de leur contenu, assurément, mais par une collaboration : le droit juste a besoin pour son épanouissement de la règle morale. La recherche du droit juste comporte deux phases : la première consiste à déterminer ce qu'est le droit juste, — la seconde exige la volonté de le réaliser pour chaque cas concret, après l'avoir découvert. « Il ne suffit pas de savoir ce qui est juste, il faut encore l'enthousiasme nécessaire à sa réalisation et cet enthousiasme c'est la Morale qui nous le donne (1) ».

De ce qu'on vient de dire, on comprend que la Morale ne saurait jamais constituer une limite de la liberté contractuelle et former la substance de l'article 138 B. G. B. (2) ; dans tous les cas de restriction de la liberté contractuelle, il ne peut s'agir que d'une restriction d'ordre juridique et non pas d'une restriction d'ordre moral. Cette vérité a été contestée, continue Stammeler, mais ceux qui enseignent le contraire se trompent ; le droit juste est un droit positif d'une nature particu-

(1) *Ibid.*, p. 87.

(2) *Ibid.*, p. 390.

lière et le renvoi de la loi aux bonnes mœurs, n'est que le moyen de fournir à une norme juridique un contenu juste ; par l'inobservation des bonnes mœurs, on méconnaît une règle de droit, mais jamais une règle morale (2). A proprement parler, il ne peut pas y avoir de contrat immoral ; dans sa conscience, l'une ou l'autre partie peut parfaitement bien avoir contrevenu à la morale, mais le contenu de la convention peut être juridiquement injuste, jamais immoral.

Le problème de la convention immorale serait donc, d'après Stammler, le suivant : dans quelle mesure peut-on descendre par une méthode appropriée, du modèle typique du droit juste (*Vorbild des richtigen Rechts*), selon les principes fondamentaux (*Grundsätze*) à l'espèce concrète ; il s'agit toujours du contenu d'un acte juridique qui doit en lui-même être illicite, pour rendre la déclaration de volonté inefficace (2). Il faudra faire une distinction entre la défense légale et l'atteinte aux bonnes mœurs ; dans le premier cas, c'est la loi elle-même qui se charge de déterminer techniquement la disposition de droit juste ; dans le second cas, on devra soumettre la matière, le contenu de la déclaration de volonté, à une analyse au point de vue de sa conformité au droit juste, opération qui incombe au juge et non plus à la loi. Stammler appelle ces deux catégories l'une, « *gerechtes Recht* » ou « *Gerechtigkeit* », l'autre « *gelindes Recht* » ou « *Gelindigkeit* ». Le droit juste ne s'appliquant qu'à défaut d'une norme de droit positif, ou quand celui-ci y renvoie expressément, ceci revient à dire, que les

(1) *Ibid.*, p. 391.

(2) *Ibid.*, p. 393.

bonnes mœurs seront essentiellement matière à traiter directement selon les règles du droit juste.

82. Stammer ne voit point dans les bonnes mœurs une question de morale. Qu'y voit-il donc ? — Le droit juste, et par là nous sommes amenés à nous demander ce qu'est le droit juste et quels sont ses rapports avec les bonnes mœurs.

Le contenu d'une manifestation de volonté dans l'ordre de la conduite extérieure, est juste, si dans la situation spéciale, il correspond à l'idée d'idéal social ; l'idée du droit juste n'est pas une règle à contenu juridique, mais une méthode formelle, selon laquelle la matière empirique du droit est rendue conforme à un idéal social (1), c'est-à-dire à l'idée d'une société, où chacun fait siens les buts des autres, du moment qu'ils sont objectivement justifiés. L'idéal social n'est pas un but, c'est une idée, une abstraction, qui ne peut pas être appliquée directement aux cas de la vie pratique. Il faudra passer par toute une échelle de déductions pour y arriver, on aura besoin d'un système de principes pour descendre jusqu'à l'espèce et juger de sa conformité à l'idéal social. C'est là, l'objet du droit juste, et ce sont ces étapes que nous allons envisager successivement.

Le pont entre l'idéal social et la vie concrète est constitué par les « principes du droit juste » (*Grundsätze des richtigen Rechts*) (2). On les déduira de l'observation, que l'idéal social contient deux directives (3) : l'une ayant pour but de sauvegarder les intérêts des associés,

(1) *Ibid.*, p. 201.

(2) *Ibid.*, p. 208.

(3) *Ibid.*, p. 205.

c'est le principe de la considération (*Grundsatz des Achtens*), l'autre ayant pour but de faire coopérer les tendances de chacun dans un mouvement de solidarité commune, le principe de la coopération (*Grundsatz des Teilnehmens*) (1). Chacun de ces principes se dédouble. Le premier dans deux propositions, tendant à faire obstacle à ce qu'on puisse sacrifier un associé aux buts purement subjectifs d'un autre, et conçus de la façon suivante : 1^o le contenu d'une volonté ne saurait être abandonné à l'arbitraire d'un autre ; 2^o une prétention juridique ne doit subsister qu'à la condition que l'obligé puisse encore rester à soi-même le prochain (2). A son tour, le second principe se dédouble, lui aussi, en deux propositions : 1^o celui qui est juridiquement uni aux autres, ne peut être exclu arbitrairement de la communauté ; 2^o un pouvoir de disposition juridiquement concédé ne peut être exclusif, qu'en ce sens que, celui qu'il exclurait, puisse encore rester à soi-même le prochain (3).

Ces principes ne sont pas encore suffisamment concrets, afin qu'on puisse les trouver dans des textes de droit positif ; ce sont encore des abstractions, une échelle dans la méthode du droit juste, suivant laquelle il faut travailler le contenu d'un phénomène juridique. Quelle sera alors l'étape suivante, dans la descente vers l'espèce concrète ? Stammler imagine à cet effet une société particulière (*Sondergemeinschaft*), un nouveau chaînon, qu'il appelle d'une façon générale « le modèle typique

(1) *Ibid.*, p. 208.

(2) *Ibid.*, p. 208.

(3) *Ibid.*, p. 211.

du droit juste » (*Vorbild des richtigen Rechts*) (1) et qui constitue le premier contact avec la vie réelle. On forme entre les parties, avec leurs droits et leurs obligations, une société particulière, dont les rapports sont mis à l'épreuve suivant le droit juste. Comment est-elle conçue cette société particulière ? « Elle se traduit en une série de cercles concentriques, tracés autour de l'individu et qui marquent les degrés relatifs des sphères d'intérêts où il se meut. Et comme toute règle de droit tend à imposer au sujet une certaine attitude (faire ou ne pas faire) qu'on peut génériquement dénommer prestation (*Leistung*), il y aura lieu dans l'application de séparer les prestations fournies par chacun, soit avec sa propre personne, soit relativement à son patrimoine, soit entre personnes qui lui sont juridiquement confiées (2) ».

Etant arrivé à ce stade, on pourra étudier le cas concret lui-même et voir s'il est conforme au droit juste. On aura donc quatre chaînons dans la méthode de Stammler, dont deux purement abstraits, et deux appliqués directement à la réalité juridique. Nous les résumons :

1. L'idéal social.
2. Les principes du droit juste.
3. Le modèle typique du droit juste.
4. Le cas concret.

Comment discernera-t-on dans les cas concrets les éléments conformes ou non à l'idéal social ? Stammler étudie cette question dans son Livre Trois sous le titre :

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 161.

(2) STAMMLER, *op. cit.*, p. 410-415.

« Les limites de la liberté contractuelle » ; d'abord il commence à séparer les conventions contraires à une prohibition légale de celles contraires aux bonnes mœurs, les premières ressortissant du droit strict, les autres du droit souple.

Ensuite il consacre des développements assez étendus à la classifications systématique des actes juridiques illicites. D'abord il se livre à une critique de la systématization entreprise par Gruchot, qui pêche à un double point de vue ; d'abord il ne distingue pas les conventions immorales des conventions illicites, ensuite il n'a pas groupé les catégories autour d'une idée centrale, dont il s'agirait de démontrer l'universalité. C'est pourtant cette idée, qu'il faut surtout avoir en vue et c'est par rapport à elle, qu'il faut établir une classification.

Stammmler divise les actes illicites en deux catégories : ceux qui imposent une obligation de faire (1), dans le sens le plus large, et ceux qui imposent une abstention (2). Dans chaque catégorie il obtient un certain nombre de sous-groupements, qu'il compare ensuite aux principes du droit justes.

I. — Dans la catégorie des actes consistant dans un fait positif, sont nuls en premier lieu, ceux qui auraient pour but de remettre la propre personne à l'arbitraire d'une autre. Ici on applique tout simplement les principes de la considération, qui trouvent d'autant plus leur application, que celui qui exige, le fait parce qu'il veut. D'autre part, la société particulière dans laquelle chacun collabore à la réalisation d'un but commun, fait défaut

(1) *Ibid.*, p. 421 et ss.

(2) *Ibid.*, p. 434 et ss.

ici (1). Ainsi se trouvent prohibés l'esclavage, le pacte obtenu par Shylock, les conventions aux termes desquelles on se laisse maltraiter, celles encourageant l'alcoolisme, la prostitution, la débauche. Ce sont toutes des espèces qui ne font point de difficultés ; elles sont objectivement nulles.

Seront nulles, comme rentrant dans la même catégorie, les conventions ayant pour but une prestation relative à des personnes qui sont juridiquement confiées au promettant (2). Les conventions sur l'éducation à donner aux enfants ; si cependant elles sont intervenues entre les parents de l'enfant, elles ne sont nulles, qu'au cas où elles vont à l'encontre de l'intérêt manifeste de l'enfant. Il en sera de même des conventions tendant à abandonner l'enfant à arbitraire d'autrui.

Enfin, y aura-t-il, en troisième lieu, les actes tendant à une exploitation patrimoniale d'une des parties (3). Stammler en établit trois sub-divisions. Rentrant dans la première, les conventions lésionnaires et les prêts par lesquels l'emprunteur se met par trop à la discrétion du prêteur. La seconde sub-division comprend les conventions à prestations incertaines, ce qui laisse craindre l'arbitraire, tel que le contrat de travail laissant les amendes d'atelier à la discrétion du patron, la renonciation d'un artiste au profit de son directeur de ce qui lui reviendrait d'une représentation donnée à son bénéfice. Enfin, la troisième sub-division est relative aux prestations qui ont été faites en vue de déterminer quelqu'un à faire son devoir.

(1) *Ibid.*, p. 422.

(2) *Ibid.*, p. 427.

(3) *Ibid.*, p. 429.

II. — La deuxième catégorie comprend les actes tendant à une abstention, dont la contre-partie pourrait se servir au gré de son libre arbitre (1). Ici encore, on pourra faire des sub-divisions correspondant à la catégorie précédente.

On aura donc en premier lieu des actes juridiques tendant à la restriction de la propre personnalité, tels la renonciation à la capacité, la limitation arbitraire du droit de coalition, un contrat de bail dans lequel en même temps le premier renonce de faire appel à un médecin approuvé, les limitations à la liberté de se marier. En second lieu, seront nuls les actes juridiques tendant à écarter les soins qu'on doit à des personnes, qui nous sont juridiquement confiées (2). Ces obligations sont prévues généralement par des dispositions de droit positif, de sorte que Stammler n'y insiste pas.

La troisième subdivision est plus importante ; elle comprend les conventions tendant à limiter l'activité patrimoniale de quelqu'un au gré d'autrui. Citons la clause de concurrence, le pactum de non-licitando, le boycottage, la mise à l'index, cartels, syndicats, trusts, dont la nature ne pourra être appréciée que selon les circonstances de l'espèce et en conformité avec les principes de la coopération.

Stammler voit dans l'article 826 B.G.B. également une application du droit juste (3) ; il en parle dans la Troisième Section du Livre III ; intitulé : « Des devoirs du droit juste » (4). Comment va-t-on procéder pour dé-

(1) *Ibid.*, p. 434.

(2) *Ibid.*, p. 437.

(3) *Ibid.*, p. 474.

(4) *Ibid.*, p. 447.

montrer qu'ici encore les bonnes mœurs ne sont autre chose que l'expression du droit juste ? Le coupable et le préjudicié forment une société particulière, qu'on soumettra à un examen selon les principes du droit juste. Le dommage peut être causé de trois façons : à la personne de l'une des parties, à une personne confiée juridiquement à l'une des parties, ou à un patrimoine. La multitude des espèces sera groupée ensuite, suivant qu'elle ressort de l'un ou de l'autre des principes du droit juste.

1. On aura d'abord la lésion du deuxième principe de la considération (1). Rentrent dans cette catégorie les transmissions d'obligations, dans le but d'enlever au débiteur les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le créancier primitif, — le cas où le père abuse de son droit sur la personne de son enfant, — et en général tous les cas où en matière de droits de famille il y a un abus.

Ensuite on aura les actes qui lèsent le deuxième principe de la participation (2) ; ce sont les actes qui constituent l'exercice injuste d'un droit prévu par l'article 226 B.G.B., — ensuite la réduction des possibilités de gain du voisin, par un exercice injuste de la propriété, — ou le cas où quelqu'un vend un fonds de terre à une personne, dont elle sait qu'elle pratique un métier bruyant et ceci dans le seul but d'ennuyer les voisins.

2. Dans une autre ordre d'idées, on classe les actes qui contreviennent au premier principe de la considération (3), et tout d'abord ceux qui consistent dans un

(1) *Ibid.*, p. 477.

(2) *Ibid.*, p. 479.

(3) *Ibid.*, p. 480.

fait positif. Tel est le cas d'une promesse obtenue à la suite d'un dol ou d'une violence ; mais on pourra également obtenir des dommages intérêts si le préjudice a été causé à des personnes juridiquement confiées, le mari contre le séducteur de sa femme, le père contre le séducteur de son enfant. Ensuite les actes qui consistent dans une abstention : les frais pour la rectification sur le livre foncier incombent à celui qui l'a demandée ; il en est de même si l'une des parties contractantes se rend compte de l'erreur commise par l'autre partie, mais qu'elle néglige de lui attirer l'attention sur ce fait, laissant s'écouler ainsi le délai de l'action en nullité.

Enfin, faut-il parler des cas qui consistent dans une atteinte au premier principe de la participation (1). Ici encore on verra en premier lieu les actes consistant dans un fait positif : une ouvrière avait réussi une invention, et le patron profite de certaines circonstances, afin de prendre pour lui-même le brevet d'invention ; l'acheteur d'un immeuble n'est pas encore inscrit sur le livre foncier et le vendeur en profite pour se dessaisir de l'immeuble, à des conditions meilleurs, envers un nouvel acquéreur. Dans tous ces cas, quelqu'un s'approprie abusivement un roit qui normalement aurait dû échoir à un autre. A la suite Stammler s'occupe des exagérations de la « liberté légale » et il emprunte les exemples surtout à la vie économique ; la vente au-dessous d'un prix raisonnable, dans le seul but de ruiner un concurrent, — l'incitation aux mouvements ouvriers, fondent une action en dommages-intérêts. Parlant des actes consistant dans une abstention, on doit considérer

(1) *Ibid.*, p. 482.

d'une manière générale, que toutes les fois que le droit juste impose une action et qu'on s'en est abstenu, il y aura lieu à réparation (1). A cet effet Stammler s'approprie l'exemple donné par Liszt, d'un promeneur qui voit un homme en train de se noyer et qui ne fait rien pour le secourir, quoi qu'il fût un excellent nageur.

Stammler parle très peu de la répétition ou du refus de répétition pour indignité (2). Il est visiblement gêné, de ce que on se trouve en présence d'une immoralité subjective et il se borne à renvoyer, sans autre explication, aux développements qu'il a faits à propos des bonnes mœurs en général.

83. Certes pour tous ceux qui voient dans le droit autre chose que des phénomènes purement empiriques, qui sont portés à attribuer à la règle juridique des fondements plus profonds que l'arbitraire des événements, l'œuvre de Stammler présente un intérêt capital. A une époque où la science du droit, depuis que l'école du droit naturel était tombée en discrédit, courait le péril de sombrer dans des tâtonnements vains, Stammler essaie de grouper le droit autour d'une idée centrale, conçue dans un idéal ferme, immuable, universel ; c'est là le mérite capital de Stammler.

Quelles sont les critiques que l'on peut apporter à son œuvre ? En fait, elles ne sont pas rares et il est permis de s'étonner, qu'un système si puissamment pensée et construit, ait trouvé si peu de sollicitude auprès des contemporains. Sans nous occuper des critiques, que d'une façon générale on a apportées à la doctrine de

(1) *Ibid.*, p. 487.

(2) *Ibid.*, p. 491.

Stammler, nous nous bornerons à formuler celles, qui s'imposent par rapport au point de vue duquel nous avons envisagé son système, c'est-à-dire au point de vue de la séparation du droit et de la morale, au point de vue de l'applicabilité de sa doctrine aux espèces de la vie pratique.

On se rappelle la distinction que Stammler proclame si énergiquement entre le droit juste et la morale. Cependant, abordant l'application de son système aux espèces de la vie concrète, il devient singulièrement hésitant devant certaines des constatations qu'il est obligé de faire. En parlant des limites de la liberté contractuelle, il prétend, que c'est le contenu toujours d'un acte juridique qui devra être illicite, pour faire tomber la déclaration de volonté ; ceci l'amène à se demander si les « motifs reprobables » ne seraient à même de rendre le contenu d'un acte juridique illicite. Doit-on vraiment prendre l'acte juridique abstractisé, isolé du but qui l'a inspiré ? Et Stammler est obligé de reconnaître que la jurisprudence a dû s'occuper de la question et qu'elle est plutôt hésitante ; il cite les cas d'un prêt destiné à favoriser le jeu, la vente ou le louage d'un immeuble destiné à servir comme maison de tolérance, la conclusion d'une vente ayant pour but de procurer au vendeur les fonds nécessaires qui lui permettent de quitter son conjoint, la distribution de boissons pour obtenir des faveurs électorales, — voilà autant de conventions, dont l'immoralité ne s'explique que par le but qu'elles poursuivent. L'auteur est très embarrassé devant ces espèces et son embarras se traduit sensiblement dans le texte ; il essaie de renvoyer vaguement aux principes du droit juste et finalement il est bien obligé d'avouer « qu'il

est compréhensible que la pratique judiciaire dans ces espèces ne se soit pas prononcée carrément pour le maintien de ces conventions » (1).

La seconde critique vise l'applicabilité de son système à la vie pratique, et surtout la possibilité d'obtenir selon son système une conception centrale des bonnes mœurs. Nous ne croyons pas que le système de Stammler soit susceptible d'une application jusque dans les derniers retranchements de la pratique et c'est un sentiment qui va grandissant, au fur et à mesure qu'on suit les développements de cet auteur ; si on saisit parfaitement bien la logique implacable et l'enchaînement parfait des déductions, tant que l'on se maintient sur le terrain des abstractions, on devient beaucoup moins rassuré à mesure que l'on descend vers les réalités, et c'est au moment où l'auteur nous parle de la société particulière, c'est-à-dire au moment du premier contact de la doctrine avec le monde des réalités, qu'on éprouve on ne sait quel sentiment d'incertitude, voir de malaise intellectuel. A partir de ce moment, le lecteur est plutôt obligé de s'abandonner aux développements de l'auteur, de le suivre presque aveuglément, de se fier à ses raisonnements, sans avoir toujours la possibilité de contrôler leur exactitude. Est-il du moins, bien utile de se poser constamment, devant chaque problème juridique l'idée la plus haute, la première idée du Droit ? C'est sur ce point qu'ont surtout porté les critiques adressées à Stammler et c'est ce que remarque, dans une formule très saisissante, Mayer (2) en se servant d'un exemple

(1) *Ibid.*, p. 396.

(2) *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1905, p. 185.

emprunté à la technique. De même, dit-il, que l'ingénieur ne doit pas remonter dans chaque cas particulier à la formule mathématique initiale, il n'est pas souhaitable que le juriste pratique remonte chaque fois à l'idée première du droit.

Fort de sa doctrine, Stammer a essayé de caser toutes les espèces de la vie pratique dans quelques catégories ; il se révèle qu'à l'examen, ces catégories sont encore beaucoup trop grossières, partant inaptes à contenir toutes les variétés et à expliquer tous les aspects des bonnes mœurs. Leur défaut fondamental, que nous avons signalé ci-dessus, c'est surtout de négliger totalement la considération du but, dans un sens large, objectif ou subjectif. C'est ce qui saute le plus aux yeux, en étudiant les espèces rapportées au Livre III. Ainsi par exemple, il déclare nulle une convention ayant pour but de favoriser certaines coutumes de beuverie (1) ; mais il déclare valable une convention qui aurait pour but d'enfreindre l'abus de l'acool (2), sans penser que rapportées au critérium des principes du droit juste, la solution de ces cas devrait être sensiblement la même et que ce qui les différencie et ce qui justifie une solution différente, c'est le but poursuivi. Il en est de même des prêts accordés par des brasseurs à des restaurateurs, et par lesquels ceux-ci tombent dans une complète dépendance économique vis-à-vis du brasseur ; Stammer les déclare nuls, comme étant des actes contraires aux bonnes mœurs et rentrant sans la catégorie des faits positifs consistant dans l'exploitation du patri-

(1) STAMMLER, *op. cit.*, p. 424.

(2) *Ibid.*, p. 435.

moine d'autrui. La Jurisprudence décide de même en règle générale ; seulement, comment justifier alors et faire rentrer dans une catégorie quelconque établie par Stammler, tel prêt accordé par un brasseur à un ancien garçon de café, en échange duquel celui-ci s'engageait de faire pendant un certains temps sa provision de bière chez ledit brasseur, prêt que le *Reichsgericht* a déclaré parfaitement valable en raison du but subjectif qui l'a inspiré (1).

Ce sont des exemples qui nous font douter fortement de l'efficacité pratique de la doctrine élaborée par Stammler ; toujours est-il que les catégories qu'il établit, sont beaucoup trop grossières et inaptes à contenir toute la matière fournie par la vie pratique.

84. Aussi, c'est sur ce point qu'a surtout porté l'effort de Brütt, essayant dans un opuscule très intéressant et plein d'idées suggestives (2), d'assouplir le système du Maître. Tout en se déclarant partisan de la doctrine de Stammler, Brütt fait remarquer que les principes du droit juste sont inaptes à la faire appliquer aux infinies variétés de la vie sociale ; ce qu'il faut substituer à ces principes, c'est l'idée du but. Assurément, il ne faut pas penser à un but subjectif, mais au but objectif du droit juste. Quel serait ce but ? C'est de développer le plus possible la civilisation de la collectivité qu'il régit, et Brütt concentre sa conception du droit juste dans la formule suivante : « Est juste le droit qui pousse le plus loin possible le développement culturel d'un peuple et contri-

(1) Cf. *supra*, p. 105-106.

(2) *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin 1907.

bue le plus, à la transformation des forces nationales de l'état potentiel aux actes » (1). Sentant le vague de cette formule, et surtout le péril de verser dans un subjectivisme dangereux, il interpose les fins intermédiaires, telles que le développement économique ; le développement économique est un facteur qui, sans doute, augmente la puissance de culture d'un peuple ; donc, tout ce qui favorise le développement économique, sera conforme au droit juste. En attendant, on pourra se mettre ainsi d'accord sur la poursuite d'une de ces fins intermédiaires, qui faciliterait ensuite la réalisation de l'idéal social.

En passant aux applications pratiques, Brütt est d'accord avec Stammler pour proclamer que la morale ne saurait constituer une limite de la liberté de contracter. Il constate qu'il y a des cas, où la loi renvoie directement au droit juste et il signale à ce propos le grand danger, que par la liberté excessive accordée en ces matières au juge, celui-ci ne fut tenté de juger selon des considérations subjectives au grand détriment de la sécurité des transactions (2). Ensuite vient une énumération des textes du B.G.B. dans lesquels le législateur renvoie nettement au droit juste (3), et il insiste tout particulièrement sur l'article 138. L'auteur reprend la distinction de Stammler entre droit strict et droit souple et range les bonnes mœurs dans la catégorie de ce dernier, ce qui revient à dire, qu'on ne pourra jamais par des conventions privées y déroger (4). Dans tous⁵ les cas où la loi renvoie aux

(1) *Op. cit.*, p. 129.

(2) *Ibid.*, p. 163.

(3) *Ibid.*, p. 164 et s.

(4) *Ibid.*, p. 170.

bonnes mœurs, ce sera le droit juste qu'il faudra appliquer, jamais la morale, et pour Brütt il est évident que la conscience des parties ne saurait jamais constituer un critérium de validité en matière juridique. « Une action qui au point de vue purement extérieur, est socialement précieuse, peut être rendue immorale par un motif réprochable, mais elle ne peut jamais être rendue condamnable au point de vue juridique, de même qu'une attitude contraire au droit juste, ne pourrait jamais être réhabilitée juridiquement par des motifs, encore si nobles qu'ils fussent » (1).

Dans son dernier paragraphe, Brütt soumet son système à l'épreuve de la vie pratique et à cet effet il établit, à l'instar de Stammler, plusieurs catégories, qui, dans son esprit, doivent pouvoir abriter toute la variété des espèces contraires aux bonnes mœurs (2). Nous n'insisterons pas sur cette classification, parce que nous ne la jugeons pas plus complète et plus exacte que celle établie par Stammler.

Brütt a assoupli la doctrine de Stammler, en y faisant rentrer la considération du but, ce que le premier avait complètement négligé de faire ; il a fait cependant l'erreur, de ne considérer le problème, que sous l'angle purement objectif et de proscrire avec énergie toute préoccupation subjective. Ce défaut enlève à sa doctrine la possibilité de justifier et d'expliquer la pratique. Si on avait cru un instant, que Brütt s'engagerait dans une voie plus exacte que Stammler, dès qu'il a marqué la distinction entre le droit et la morale, on a vite fait de s'apercevoir,

(1) *Ibid.*, p. 172.

(2) *Ibid.*, p. 202 et s.

que son système devient inopérant en matière de bonnes mœurs. C'est lui-même d'ailleurs, qui est obligé d'avouer l'impossibilité dans laquelle il se trouve de ranger toutes les espèces de la pratique dans son système ; c'est à propos des conventions relatives aux maisons de tolérance (1). Il estime que le motif devrait être pris en considération, dès qu'il fait partie intégrante de la convention, comme condition par exemple, mais il est obligé de reconnaître, que le *Reichsgericht* en tient compte même s'il n'est pas incorporé dans l'acte juridique lui-même, et l'auteur ne peut pas s'empêcher de blâmer la haute juridiction de ce point de vue.

SECTION II. — LA NOTION DE BONNES MŒURS DANS LA DOCTRINE DE CATHREIN

Nous avons vu dans notre Introduction, que Cathrein se déclare partisan du droit naturel, c'est-à-dire de cet ensemble de principes généraux, communs à tous les peuples et à toutes les époques, postulat supérieur à tout droit positif, — mais qu'en même temps il encadre sa conception juridique dans une large philosophie morale. C'est de ce point de vue, le rapport entre le droit et la morale, qu'il nous faudra étudier d'abord la doctrine de Cathrein, avant d'étudier les applications qu'il en fait à la matière des bonnes mœurs.

85. Cathrein nous parle des rapports du droit et de la morale, surtout dans le Cinquième Chapitre de son opuscule consacré spécialement à l'ordre juridique et inti-

(1) *Ibid.*, p. 205.

tulé *Recht, Naturrecht und positives Recht* (1). Il commence par constater que c'est au XVIII^e siècle qu'on a établi la séparation du droit et de la morale ; jusque là on considérait d'une façon générale l'ordre juridique comme une partie intégrante de l'ordre moral. Kant, et à sa suite Fichte et Stanl ont préconisé la séparation des deux disciplines et se sont ingénies de déterminer ce qui les distingue, à savoir le but, l'objet, le fondement et la source.

Pour Cathrein, le droit est une partie essentielle de l'ordre moral (2). Cette vérité peut se démontrer de deux façons : soit en partant de l'ordre moral, en démontrant que celui-ci englobe l'ordre juridique ; soit en analysant l'ordre juridique et constatant les rapports qui le lient à la morale.

En partant de l'ordre moral. Qu'est-ce qui y appartient donc ? Tout ce qui est indispensable, à ce que les libres actions de l'homme soient bonnes et régulières ; toutes les actions qui, selon la nature raisonnable de l'homme, règlent les rapports envers lui-même, envers ses semblables et envers Dieu. Mais, de cet ensemble de règles font nécessairement partie les règles juridiques ; l'homme est un être social, donc tout ce qui concourt au maintien de la société humaine, est juste et bon, donc encore moral. Attribuer à chacun le sien, ne faire tort à personne ne pas tuer, voilà des règles juridiques, mais qui assurément sont en même temps des règles morales (3).

En partant de l'ordre juridique, objectif d'abord. Toute loi est en même temps une norme morale, parce qu'elle impose une conduite à laquelle on est lié en cons-

(1) Fünftes Kapitel, p. 63 et s. — *Moralphilosophie*, t. I, p. 514.

(2) *Ibid.*, p. 308.

(3) *Ibid.*, p. 309-310.

science ; on ne peut pas transgresser une loi, sans méconnaître un devoir et sans charger sa conscience. En second lieu, les lois humaines puisent leur force obligatoire dans la loi de la morale naturelle, parce que, si on se demande pourquoi on est tenu en conscience à obéir aux commandements de l'autorité, on répond que parce que c'est conforme à la morale naturelle. Enfin, en troisième lieu, c'est cette même loi morale qui trace les limites de la loi juridique, en tant que celle-ci ne saurait jamais contenir quelque chose de contraire à la morale (1).

Au point de vue des droits subjectifs, il faut remarquer que la capacité juridique, au sens large du mot, est une émanation de la loi et comme telle en très étroite corrélation avec la morale. Chaque droit subjectif, a comme corrélatif un devoir et on ne peut pas s'imaginer un droit sans un devoir correspondant ; le devoir est imposé par une loi, donc encore par la morale. D'ailleurs, il est impossible de s'imaginer un droit qui vous autorise à accomplir un fait réprobable (2).

Maintenant, si on quitte la conception du droit, et qu'on se préoccupe de son but, on arrivera toujours à cette conclusion, que le droit est une partie de la morale. L'homme a été conçu par la Divinité comme une créature libre, qui doit librement arranger sa vie terrestre. Ceci n'est pas possible sans le droit ; ce droit a été inculqué à l'homme en partie par le Créateur, en assignant à tous, le devoir de donner à chacun le sien et de ne faire tort à personne, mais en donnant à tous également le droit d'exiger de chacun l'observation de ces devoirs (3).

(1) *Ibid.*, p. 310-311.

(2) *Ibid.*, p. 312.

(3) *Ibid.*, p. 314.

Quelle est la place occupée par l'ordre juridique dans l'ordre moral ? C'est la « partie servante » (1), de l'ordre moral, c'est le moyen pour atteindre un but. A ce que la collectivité humaine puisse satisfaire à ses devoirs envers elle-même et envers Dieu, il lui faut une norme pour déterminer la sphère de liberté de chacun, et c'est là, la mission du droit. Comment se fait-il cependant, que la règle juridique se contente de l'accomplissement matériel, extérieur ? C'est la principale objection que l'on a faite à ceux qui confondent le droit et la morale. A cela on répond, en disant que le droit n'est qu'une partie de l'ordre moral. Le droit ne comprend que l'ensemble des devoirs qu'on a envers ses semblables, la conscience n'est pas due à ses semblables, mais seulement à Dieu. Pourtant la loi juridique peut tenir quelqu'un dans la conscience parce que, en ne respectant pas son commandement, on viole également un commandement moral. Nous avons assez d'exemples dans la législation et dans la jurisprudence, où c'est le caractère moral d'une action qui est surtout pris en considération.

Une autre objection que l'on a faite à la confusion du droit avec la morale, c'est que les règles morales ne sont pas susceptibles de sanctions, tandis que c'est dans l'essence même du droit, que d'être revêtu d'une sanction. Cette objection ne peut pas porter ; il est inexact de dire, qu'un commandement moral ne comporte pas de sanctions, ce serait méconnaître les sanctions temporelles et perpétuelles que Dieu lui assigne (2). D'aucuns ont fait remarquer, que très souvent le droit subjectif peut aller à l'encontre d'un devoir moral, et Fichte cite l'exemple

(1) *Ibid.*, p. 314.

(2) *Ibid.*, p. 318.

d'un riche, qui a le droit de mettre une pauvre veuve qui ne peut pas payer son loyer, à la porte. A ceci Cathrein répond, qu'il faut distinguer entre le droit et son usage. Il ne peut pas y avoir de droit, qui ait pour but une mauvaise action ; mais il se peut que l'usage d'un droit, bon et juste en soi, soit rendu reprobable par des circonstances particulières. Le but immédiat du droit, c'est de laisser à l'homme librement la possibilité d'accomplir son devoir ; pour arriver à ceci il faut lui laisser également la possibilité de l'abus. Celui à qui on retire le mauvais usage d'un droit, n'est plus libre d'en faire un juste usage. Le droit n'est qu'une partie de la morale ; pour qu'une action soit dans tous les cas morale, il ne suffit pas qu'elle soit en harmonie avec l'ordre juridique, elle doit encore ne contrevenir à aucune loi morale. Du fait d'un mauvais usage du droit, celui-ci ne coïncide pas moins avec la morale. (1).

86. A la différence de Stammler et de Brütt, Cathrein ne nous donne pas une application détaillée de son système aux bonnes mœurs. Il étudie bien dans sa *Morale philosophique* (*Moralphilosophie*) (2) certaines institutions, telles que la propriété, la famille, la liberté contractuelle, mais il ne consacre pas des développements spéciaux à la question des bonnes mœurs. Sans doute ne le fait-il pas, parce que ceci lui semble superflu ; pour lui il est évident, que le respect des bonnes mœurs est une règle essentiellement morale, et il se borne à en faire très brièvement mention, en parlant des cas où la législation

(1) *Ibid.*, p. 318-320.

(2) T. II.

prend en considération la conscience (2), ou en parlant des conditions de validité des contrats ; pour Cathrein il est de droit naturel, qu'on ne puisse être obligé à quelque chose d'immoral.

Il est à regretter que Cathrein n'ait pas approfondi la question sous cet angle, d'autant plus que du point de vue auquel il se place, la matière des bonnes mœurs est susceptible de donner des arguments, et de faire des suggestions intéressantes à l'appui et à l'exemplification de sa doctrine. Sans nous prononcer sur la valeur d'ensemble de son œuvre, elle nous semble concorder assez bien avec les observations que nous avons dégagées par l'étude de la législation et de la jurisprudence. L'idée de moralité, la valeur subjective des plaideurs, que la jurisprudence met si souvent en relief pour justifier les décisions rendues en cette matière, nous semble s'accorder assez bien avec l'idéal moral que Cathrein assigne à l'ordre juridique. Encore une fois, est-il regrettable qu'il n'ait pas essayé davantage, de rapprocher et de soumettre son système doctrinal et philosophique, à l'épreuve de la vie pratique. L'œuvre, déjà si importante de Cathrein, n'aurait pu que gagner en vigueur.

(1) Recht, Naturecht und positives Recht, p. 76.

CONCLUSION

Arrivé au terme de notre travail, il nous faudra en résumer l'aboutissement. Nous avons envisagé notre sujet de trois points de vue, du point de vue de la notion de bonnes mœurs, de leurs conséquences et de leur aspect philosophique ; c'est de ces trois points de vue également, qu'il nous faudra conclure.

Il semble certain, que les vues matérialistes ayant créé outre-Rhin, à la veille de la codification civile et concrétisées dans cette tendance objective que nombre des institutions y revêtent, passent comme un souffle sur toute la matière des bonnes mœurs ; mais il nous semble hors de doute également, que les tribunaux de tous degrés ont fait, en Allemagne, des efforts, souvent couronnés de succès, sinon pour faire toujours triompher un point de vue exclusivement subjectif, du moins pour concilier les deux tendances, pour parvenir à une compénétration des caractères subjectifs et objectifs.

Prenons la notion de bonnes mœurs ; il faut la dégager surtout de l'article 138, inséré dans la partie générale du Code, toute dominée par le principe de la déclaration de volonté. On ne devrait tenir compte, que de ce qui se trouve dans la déclaration des parties, dans la déclaration objective, matérielle, sans pouvoir pénétrer plus loin ; ce serait la porte fermée à jamais, à toute apprécia-

tion subjective des bonnes mœurs. Ni le Code, ni la jurisprudence surtout, n'ont voulu de ce système. Le Code le marque nettement en abandonnant la position prise par le Premier Projet, qui n'entendait tenir compte des bonnes mœurs, qu'en tant qu'elles étaient renfermées dans le contenu même de l'acte juridique, — et surtout en adoptant cet article 133, aux termes duquel, on ne doit pas se contenter du sens littéral de l'expression, mais on devra rechercher la volonté vraie des parties. En adoptant l'article 138, dans sa teneur définitive, le Code allemand accorde, dans l'appréciation de la notion de bonnes mœurs, la latitude la plus complète au juge, étant sous-entendu, semble-t-il, que celui-ci ne devra en user qu'en se rappelant constamment le principe de la déclaration de volonté. En usant largement de la latitude qui lui est laissée par l'article 138, ainsi que de la recommandation qui lui est faite par l'article 133, le juge allemand nous semble le maître incontestable de la notion de bonnes mœurs ; il les détermine de préférence suivant un critérium éclectique, objectif et subjectif à la fois ; mais il ne recule pas devant la tâche de les déterminer suivant des données purement subjectives.

La question est plus délicate, quand il s'agit des conséquences des bonnes mœurs, toutes dominées par l'idée de l'acte abstrait. Pendant une bonne partie du règlement des conséquences, la notion de bonnes mœurs s'efface complètement, on ne veut rien savoir d'elles, devant la nécessité de protéger la sécurité des transactions, et c'est là, où la tendance objective du Code allemand se manifeste avec le plus de vigueur. S'agit-il cependant de rétablir les situations juridiques à la suite d'une convention immorale, les bonnes mœurs font de nouveau leur appa-

rition, plus intenses que jamais, parce que, quand on les invoquait pour justifier la nullité d'une convention, on se contentait souvent de leur côté objectif, tandis que maintenant, elles ont un caractère uniquement subjectif et submergent toute la matière de l'enrichissement injuste. Ce sont elles qui ont le dernier mot, qui décident suivant des distinctions très subtiles et en fonction uniquement de la valeur individuelle et morale des plaideurs.

Comparerait-on la notion de bonnes mœurs dans les législations positives allemande et française ? — on s'apercevra que sa mise en œuvre est exactement inverse et qu'on part dans les deux législations d'un point de vue opposé.

En ce qui concerne d'abord les dispositions générales sur le respect des bonnes mœurs ; tandis que le droit allemand l'exige dans un texte excessivement large, en ne fixant aucune directive et surtout en n'imposant aucune restriction aux recherches du juge, étant sous-entendu cependant que les limites lui seront tracées d'avance par la théorie de la déclaration de volonté, en droit français c'est exactement la situation inverse. En France, les parties et le juge, ont toutes les libertés, de par la théorie de l'autonomie de la volonté et c'est le texte spécial, se rapportant à la matière qui y apporte une restriction et une directive : la théorie de la cause. De par là même, la sanction d'une convention immorale, revêt un caractère plus technique en droit français qu'en droit allemand, et ce renversement de position nous expliquera également les différences qu'on trouve en matière de conséquences.

En effet, là encore, les deux situations sont inverses ; en droit allemand les conséquences sont très minutieusement réglées par la théorie de l'enrichissement sans

cause, et les bonnes mœurs y créent des distinctions et imposent des sanctions que le Code français ne connaît pas. Au contraire, ce dernier est muet, en ce qui concerne spécialement les conséquences d'une convention illicite ou immorale ; il applique tout simplement les règles générales en matière de nullité et la notion de bonnes mœurs n'y joue absolument aucun rôle ; c'est grâce seulement à la jurisprudence et à son travail incessant, que l'idée morale est arrivée à dire son mot, quand il s'est agi de régler les conséquences d'une convention immorale. — d'une façon plus étendue, il est vrai, mais aussi moins précise qu'en droit allemand.

En résumé, moins technique et moins précis dans ses dispositions générales sur les bonnes mœurs, le Code allemand est au contraire précis et minutieux quand il s'agit d'en régler les conséquences ; tout au rebours, précis quant aux dispositions générales, le Code français est général quant aux conséquences. Y a-t-il de par là des différences pratiques dans la conception des bonnes mœurs et des deux côtés du Rhin ? Nous ne le pensons pas ; si la notion des bonnes mœurs semble revêtir un caractère nettement subjectif en droit français, — le juge allemand a eu le mérite d'avoir, devant des directives nettement objectives, matérialistes, reconnu que les bonnes mœurs, sont surtout une question de morale, que ce serait méconnaître leur véritable aspect, que de leur nier le caractère subjectif. C'est ce qui nous semble se dégager avec netteté de l'étude de la jurisprudence ; nous entendons bien que dans une large mesure, lorsqu'il s'agit de régler les conséquences des bonnes mœurs, celles-ci s'effacent devant l'acte abstrait ; n'avons-nous pas vu cependant, ces derniers temps, surtout dans cet arrêt du

17 septembre 1934, la jurisprudence du *Reichsgericht*, tout en s'efforçant de sauvegarder en principe cette *splendid isolation* de l'acte abstrait, s'ingénier à réaliser une compénétration, à faire déteindre sur l'acte abstrait du droit des biens, l'immoralité de l'acte concret ? Et puis cette vigueur avec laquelle les bonnes mœurs réapparaissent sous un aspect purement subjectif, ce sont elles qui gardent le dernier mot ! Ne pourrait-on pas les comparer à ces ruisseaux de montagne, timides, incertains à leurs débuts, disparaissant parfois en cours de route et suivant un chemin souterrain, mais qui réapparaissent ensuite plus volumineux, plus puissants et plus impétueux que jamais !

Ce sont ces caractères de la notion de bonnes mœurs, qui expliquent notre position vis-à-vis des doctrines récentes en Allemagne, portées à lui assigner un fondement philosophique. S'il est exact, qu'il faut attribuer au droit, un certain fondement rationnel, — ce qui est dans notre pensée — il nous semble que les dispositions relatives au respect des bonnes mœurs, en constitue une manifestation ; c'est ce que nous adopterons de la doctrine de Stammler et de celle de Cathrein. Ce qui nous semble cependant également hors de doute, c'est que le moment subjectif, la valeur morale des parties, sont un apanage irréductible des bonnes mœurs ; ce qui revient à dire que, toute doctrine envisageant les choses du droit d'un point de vue purement objectif, en établissant a priori une séparation globale, irréductible, entre le droit et la morale, sera nécessairement incomplète et inopérante en matière de bonnes mœurs. Ce sont des raisons, qui nous font écarter la doctrine de Stammler. Ce sont ces mêmes raisons, qui nous font adopter, dans son ensemble, la doctrine de

Cathrein réserve faite du regret exprimé ci-dessus, que l'auteur ne se soit pas étendu d'une façon plus précise et plus explicite sur les rapports de sa doctrine avec la notion de bonnes mœurs.

En résumé, et pour faire le point, qu'est-ce qui décidera en dernière analyse de ce que sont les bonnes mœurs dans leur manifestation juridique, en Allemagne et aussi, nous semble-t-il, dans d'autres pays ? De même que le juge a un rôle très important et créateur dans l'application de la règle de droit, que rien n'est sans un juge qui pense, qui apprécie et qui veut, — de même existe-t-il dans le droit un fonds commun, auquel le juge puisera quand la loi l'y renvoie ; il le fera selon les directives qui lui sont dictées par son éducation, par la tradition, par le milieu social mais aussi par son tempérament, ce qui fait que les bonnes mœurs relèvent un peu la même conception dans les deux législations.

VU :
Le Doyen,
Edgar ALLIX

VU :
Le Président de la Thèse,
Henri LEVY-ULLMANN

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLETY

BIBLIOGRAPHIE

- ACHILLES. — Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, t. I-II, Berlin 1927.
- AGUILÉRA. — L'idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'à nos jours, Paris 1893.
- Archiv für bürgerliches Recht.
- Archiv für Zivilistische Praxis.
- ASMUSSEN E. — Das gegen die guten Sitten verstossende Rechtsgeschäft : Ein Beitrag zur Interpretation des Par. 138 B. G. B., *thèse Rostock*, 1908.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, VI, éd. par E. Bartin, t. IV et VI.
- ANDRÉ F. — Einfache zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte dans Festschrift für Enneccerus, 1913.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — Traité théorique et pratique de droit civil, 3^e édit., Paris 1908.
- BAUSTAEDT W. — Die entgeltliche Heiratsvermittlung nach geltendem Rechte, *thèse Jena*, 1909.
- Bayerische Zeitung für Rechtspflege.
- BEISENKÖTTER B. — Der Verstoss gegen die guten Sitten nach § 826 B. G. B., *thèse Leipzig*, 1909.
- Beratungen des Reichstages, Berlin 1896.
- Bericht über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.
- BIERHOFF H. — Der Ersatzanspruch wegen unsittlicher Schädenszufügung, *thèse Breslau*, 1925.
- BONNECASE J. — Introduction à la science du droit, Paris 1931.
- La notion de droit en France au XIX^e siècle, Paris 1919.
- La notion de droit en France au XIX^e siècle, Paris 1919.
- Science du droit et romantisme, Paris 1928.

- La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels, Bordeaux 1933.
- BRÜTT L. — Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907.
- Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, Berlin 1908.
- BUFF. — Spiel und Wette, *thèse Greifswald*, 1912.
- BUSCH. — Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin, 1929, t. I-II. Bulletin de la Société de législation comparée.
- CAPITANT H. — Introduction à l'étude du droit, Paris 1922.
- De la cause dans les obligations, Paris, 1923.
- CATHREIN V. — Recht, Naturrecht und positives Recht, 2^e édit. 1909.
- Moralphilosophie, 6^e édit. 1924, 2 vol.
- CHARMONT J. — La renaissance du droit naturel, Montpellier et Paris, 1910.
- Code civil allemand, traduit et adnoté par Bufnoir, Chazelles, Challamel, Brioux, Gény, Hamel, Lévy-Ullmann, Saleilles.
- COLIN-CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil, t. II, 8^e édit. 1934.
- CORNIL G. — Le droit privé, Paris 1924.
- COSACK K. — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, t. I-II, *Jena*, 1924 et 1927.
- CROME C. — System des deutschen bürgerlichen Rechts, t. I-II, Tübingen, 1912.
- DALBERG R. — Rechtskräftiges Urteil und Verstoss gegen die guten Sitten, *thèse Münster*, 1910.
- DELVINCOURT. — Cours de Code civil, t. II, Paris, 1819.
- DEMOGUE R. — Les notions fondamentales du droit privé, Paris, 1911.
- Traité des obligations en général, t. II, Paris, 1923.
- DEMOLOMBE, — Cours de Code Napoléon, t. I, Paris, 1882.
- DENBURG. — Bürgerliches Recht, t. I-II, Halle, 1908-1910.
- Pandekten, t. II, 1910-1912.
- Deutsche Juristen-Zeitung.
- DUGUIT L. — Les transformations du droit privé, Paris, 1913.
- DURANTON. — Cours de Droit français, t. X.
- ENDEMANN F. — Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches, t. I-II, Berlin, 1905-1920.

— Wirkung der Verbotsgesetze, Leipzig, 1887.

ENGEL H. — Wird der Rechtsbestand des dinglichen Erfüllungsgeschäfts und des Schuldversprechens und des Schuldanerkenntnisses durch ihr gegen § 138 B. G. B. verstossendes obligatorisches Kausalgeschäft beeinflusst? *thèse Marburg*, 1911.

ENNECCERUS L. — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, t. I-II. Marburg 1928-1930.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

ERLANGER Th. — Gesetzeswiderspruch der § 134, 138, B. G. B. mit 817 B. G. B. Ein Beitrag zur Lehre vom abstrakten Schuldvertrage des bürgerlichen Gesetzbuches, *thèse Erlangen*, 1904.

GAREIS-WENGER. — Rechtszyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 5^e édit., 1920.

GÉNY F. — Science et technique en droit privé positif, t. II, Paris, 1927-1930.

GEROTA D. — De l'enrichissement sans cause en droit civil allemand, *thèse Paris*, 1925.

GIERKE O. — Deutsches Privatrecht, t. I et III, München, Leipzig, 1917.

GIRARD P.-F. — Manuel de droit romain, 8^e édit., Paris, 1929.

GOLDMANN-LILIENTHAL. — Das B. G. B. systematisch dargestellt, t. I, Berlin, 1921.

GOUNOT. — Le principe de l'autonomie de la volonté, *thèse, Dijon*, 1912.

GRIESS W. — Naturrechtliche Strömungen der Gegenwart in Deutschland, *thèse, Freiburg*, 1926.

Gruchots Beiträge.

HEILFRON. — Geschichte des gemeinen Privatrechts und Zivilprozesses, Berlin, 1894.

HEIM W. — Die guten Sitten, *thèse Halle*, 1906.

HERZOG. — Zum Begriffe der guten Sitten im B. G. B., 1910.

HÖFIG W. — Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot, *thèse Creifswald*, 1908.

HÖLDER. — Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. München, 1900-1909.

HOLZ H. — Beiträge zu § 138, B. G. B. *thèse Breslau*, 1927.

- HUC Th. — Commentaire du Code civil, Paris, 1892-1903, t. I.
- IHERING R.-V. — Der Zweck im Recht, Leipzig, 1904-1905.
- Iherings Jahrbücher für Dogmatik.
- IONASCO T. — L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux, *thèse*, Paris, 1923.
- JOSSERAND L. — Des mobiles dans les actes juridiques en droit privé positif, Paris, 1928.
- Juristische Rundschau.
- Juristische Wochenschrift.
- KINDEL. — Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, Berlin, 1892.
- KLINGMÜLLER. — Der Begriff des Rechtsgrundes, Breslau, 1901.
- KOHLER J. — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, t. I-II, Berlin, 1906.
- Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
- KUHLENBECK. — Von den Pandekten zum B. G. B., t. II, Berlin, 1899.
- LANDSMANN M. — Die Rechtsfolgen des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts, *thèse* Leipzig, 1912.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, t. I, Paris, 1886.
- LAURENT. — Principes de droit civil, t. XVI, Bruxelles, 1893.
- Cours élémentaire de droit civil, t. I, Paris, 1878.
- LÉVY-ULLMANN H. — Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. I. La définition du droit, Paris, 1917.
- II. Le système juridique de l'Angleterre, Paris, 1928.
- Théorie générale de l'obligation, Cours de Doctorat, 1922-1923.
- L'obligation et le contrat au premier quart du xx^e siècle, Cours de Doctorat 1927-1928.
- De l'utilité des études comparatives, Québec, 1923.
- LOTMAR Ph. — Der unmoralische Vertrag, Leipzig, 1896.
- Der Arbeitsvertrag, Leipzig, 1902.
- MACQUERON J. — Histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en droit romain, *thèse*, Paris, 1922.
- MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon t. IV, 6^e édit., Paris, 1866-1884.

- MERLIN. — Questions de droit. Cause des obligations, Paris, 1819-1820.
- Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1888.
- NEUBECKER. — Der abstrakte Vertrag, Arch. bürgerl. Recht, t. XXII.
- NEUMANN. — Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, Berlin, 1910-1912.
- OERTMANN. — Kommentar zum B. G. B., t. I-II, 3^e édit., 1927-1928.
- OLIVIER J. — De la sanction des obligations illicites et immorales, thèse, Paris, 1904.
- OSIAS L. — L'acte abstrait en droit comparé, thèse, Paris, 1924.
- PLANCK. — Bürgerliches Gesetzbuch, t. I-II, Berlin, 1897-1900.
- PLANIOL L. — Traité élémentaire de droit civil, t. II, 12^e édit., Paris, 1932.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, t. VI-VII, Paris, 1930-1931.
- PROCA Z. — Essai sur la lésion d'après les données de la jurisprudence allemande, thèse, Paris, 1931.
- Protokolle der Zweiten Kommission.
- RAYNAL J. — Etude sur les conventions immorales, thèse, Paris, 1900.
- Recht.
- Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, édité par Mugdan et Falkmann.
- REGELSBERGER F. — Pandekten, t. I, Leipzig, 1893.
- Revue trimestrielle de droit civil.
- RENARD G. — Le droit, la justice et la volonté, Paris, 1924.
- RICHARD G. — L'évolution des mœurs, Paris, 1925.
- RIPERT G. — Droit naturel et positivisme juridique. *Annales de la Faculté d'Aix*, 1918.
- La règle morale dans les obligations civiles, 3^e édit., Paris, 1934.
- Limites de la liberté contractuelle, Cours de Doctorat 1929-1930.
- SALEILLES R. — De la déclaration de volonté, Paris, 1901.
- Introduction à l'étude du droit civil allemand.

- Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Premier Projet du Code civil allemand, 3^e édit. Paris, 1914.
- SAVEY-CASARD P. — Du refus d'action pour cause d'indignité, *thèse, Lyon*, 1930.
- SAVATIER R. — Des effets et de la sanction du devoir moral, *thèse, Poitiers*, 1916.
- SAVIGNY F. C. V. — Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, 2 vol., Berlin, 1851-1853.
- System des heutigen römischen Rechts, Berlin, 1840, t. I. Seufferts Archiv für Entscheidungen.
- SIOUFI. — Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites, *thèse, Paris*, 1925.
- SLIOSBERG M. — Die guten Sitten im Zivilrecht, *thèse, Heidelberg*, 1910.
- STAMMLER R. — Die Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin, 1902.
- Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin, 1897.
- Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3^e édit. Berlin-Leipzig, 1928.
- STAUDINGER J. V. — Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, t. I et II, 3, München, 1925 et 1929.
- STEINBACH J. — Recht, Sitte und Sittlichkeit, dans D. J. Z., 1899.
- TSCHAVDAROFF. — De la notion des bonnes mœurs. Essai théorique sur la recherche d'un critérium, *thèse, Toulouse*, 1927.
- TUHR V. — Die abstrakten Schuldverträge im B. G. B., Leipzig, 1903.
- TZARANU G. — Etude sur la règle Nemo auditur, *thèse, Paris*, 1926.
- VIFOREANU P. C. — Contribution à l'étude du contrat dans le projet Franco-Italien et en droit comparé, *thèse, Paris*, 1932.
- VOGEL P. — Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts, *thèse, Leipzig*, 1906.
- WAGNER A. — De la nullité de la cause illicite, *thèse, Paris*, 1900.
- WINDSCHEID-KIPP. — Lehrbuch des Pandektenrechts, 2 vol., Frankfurt a. M., 1902.

Warneyers Rechtsprechung.

Zeitschrift für deutsches Recht und französisches Zivilrecht.

Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht.

Articles de Revue

COHN E. — Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte
Arch. Ziv. Prax., t. CXXXVI.

DICK O. — Der Verstoss gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis. *Arch. bürg.*, t. XXXIII.

ECKSTEIN. — Zur Lehre von der Nichtigkeit des Verstosses wegen Unsittlichkeit, *Arch. bürg.*, t. XXXVIII.

— Die Einrede der Unsittlichkeit, *ibid.*, t. XXXIX.

HECK. — Die Anwendung des § 817, 2 auf alle Bereicherungsansprüche, *Arch. Ziv. Prax.*, t. CXXIV.

HÖLDER. — Das gegen die guten Sitten verstossende Rechtsgeschäft, *D. J. Z.*, 1908.

JACOBI. — Recht, Sitte und Sittlichkeit, *Iherings Jahrbücher*, t. XLI.

KÖHLER. — Die Ideale im Recht, *Arch. bürg.*, R. t. V.

— Der Ehemakellohn, *ibid.*, t. XII.

LEONHARD. — Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, *Arch. Ziv. Prax.*, t. CXX.

MAYER. — Die Lehre von dem richtigen Rechte, *Kritische Vierteljahrsschrift*, 1905.

NEUBECKER. — Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen, *Arch. bürg.*, R. t. XXII.

NEUBECKER. — Die zivilistische Stellung des Wucherers nach neuem Recht, *D. J. Z.*, 1902.

OERTMANN. — Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde, *D. J. Z.*, 1902.

RAVIT. — Zur Lehre von den unsittlichen Bedingungen und unsittlichen Verträgen, *Arch. Ziv. Prax.*, t. LVIII.

REICHEL. — Die Bordellhypothek, *D. J. Z.*, 1907.

RÜMELIN. — Die Lehre von den Schuldversprechen und

Schuldanerkenntnissen im B. G. B., *Arch. Ziv. Prax.*, t. XCVII
et XCVIII.

RUMPF M. — Die Reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den.
§ 138, 847, B. G. B., *Arch. Ziv. Prax.*, t. CXVII.

STEINBACH. — Recht, Sitte und Sittlichkeit, *D. J. Z.*, 1899.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	9
INTRODUCTION	17
1. Droit et Morale spécialement par rapport à la notion de bonnes mœurs.....	17
2. Doctrines françaises assignant au droit un fondement moral.....	19
3. En Allemagne au xix ^e siècle les doctrines sur le fonde- ment du droit sont essentiellement matérialistes.....	22
4. La doctrine de R. Stammler.....	26
5. La doctrine de V. Cathrein.....	32

PREMIÈRE PARTIE

La notion de bonnes mœurs et son domaine

CHAPITRE I. — HISTORIQUE.

6. Droit romain	39
7. Droit allemand antérieur au B. G. B.....	41
8. Travaux préparatoires.....	45

CHAPITRE II. — LA NOTION DE BONNES MŒURS.

SECTION I. — *Position du problème par rapport au principe de la déclaration de volonté.*

9. L'autonomie de la volonté et la cause illicite en droit civil français	49
10. La déclaration de volonté en droit allemand.....	52
11. Les art. 133 et 157 B. G. B	55
12. L'application de l'art. 133 B. G. B. dans l'appréciation des bonnes mœurs comme condition de validité des conventions	58
13. La portée de l'art. 133 B. G. B. Discussion doctrinale..	60
13 bis. Suite	65

Thèse Opréa.

14. La jurisprudence.....	69
15. Conclusion.....	73

SECTION II. — *Conception et délimitation de la notion de
bonnes mœurs.*

16. La conception des bonnes mœurs en droit civil français.	74
17. Les art. 134 et 138 B. G. B.....	81
18. L'art. 138 B. G. B.. Plan de son étude.....	86

I. *La conception.*

19. La conception des bonnes mœurs suivant les auteurs allemands	88
20. Suite	91
21. Critique des systèmes proposés.....	94
22. Les bonnes mœurs doivent être entendues au sens de la morale	100

II. *La délimitation.*

23. Les travaux préparatoires.....	108
24. La doctrine.	110
25. Véritable aspect qu'il convient de donner à la question de la délimitation	115
26. Arguments tirés des textes.....	116
27. La jurisprudence.....	121
28. Preuve des conventions illicites.....	129

CHAPITRE III. — LE DOMAINE DES BONNES MŒURS.

SECTION I. — *Applications législatives.*

29. L'art. 138, 2 B. G. B. La lésion.....	132
30. Le courtage matrimonial. Sa nature.....	136
31. Technique du courtage matrimonial.....	140
32. Jeu et pari.....	143

SECTION II. — *Applications jurisprudentielles.*

33. Conventions relatives à l'exercice d'un commerce ou d'une industrie	149
34. Conventions relatives à des professions libérales et con- cernant l'exercice de la profession.....	151
35. Conventions ayant pour but de remédier à la dépréciation monétaire	153
36. Rapports entre patrons et ouvriers.....	156
37. Contrats de « 1500 Mark ».....	157
38. Conventions relatives à la liberté des enchères.....	157
39. Jugements passés en force de chose jugée.....	158

40. Conventions relatives aux maisons de tolérance.....	159
41. Conventions entre époux.....	162
42. La notion de bonnes mœurs en temps de guerre.....	167

DEUXIÈME PARTIE

Les conséquences des conventions immorales

43. Idées générales et plan de la deuxième partie.....	171
--	-----

CHAPITRE I. — LA NULLITÉ ET SON ÉTENDUE.

SECTION I. — *Nature de la nullité.*

44. La nullité en droit civil français.....	173
45. Nature de la nullité en droit civil allemand.....	174
46. La nullité et la lésion.....	182

SECTION II. — *Etendue de la nullité.*

47. Les conséquences de la nullité en droit civil français....	182
48. Plan de la section. Position du problème.....	182
49. L'acte abstrait en général.....	184
50. Auteurs partisans de l'indépendance complète de l'acte abstrait par rapport à l'acte causal.....	188
51. Auteurs soumettant la validité de l'acte abstrait à la validité de la convention causale.....	191
52. Opinions intermédiaires.....	193
53. La jurisprudence.....	194
54. Suite.....	201
55. Critique de la doctrine et de la jurisprudence.....	206
56. Suite.....	211
57. Conséquences découlant du système adopté par la juris- prudence.....	215
58. Les actes abstraits du droit des obligations.....	216
59. Suite.....	221
60. L'acte abstrait et la lésion.....	223

CHAPITRE II. — DE LA RÉPÉTITION.

61. Idées générales.....	227
--------------------------	-----

SECTION I. — *De la répétition pour cause d'indignité du bénéficiaire*

62. Historique.....	233
---------------------	-----

63. Conditions de la répétition.....	236
64. Rapports de l'art. 817, 1 B. G. B. avec l'art. 812 B. G. B.	242
SECTION II. — <i>Du refus de la répétition (la règle In pari causa turpitudinis cessat repetitio).</i>	
65. Historique	244
66. Suite	248
67. Le refus de la répétition en droit français.....	250
68. Caractères généraux du refus de la répétition dans le droit allemand	256
69. Conditions d'application. Art. 817, 2 B. G. B.	260
70. Cas où la contravention aux bonnes mœurs incombe au solvens seul	262
71. Rapports de l'art. 817 deuxième proposition avec l'art. 812 B. G. B.....	264
72. L'art. 817 et la lésion.....	265
SECTION III. — <i>L'art. 817 et les actes abstraits.</i>	
73. Disposition de l'art. 817 partie finale.....	269
74. Actes rentrant dans les prévisions de l'art. 817 partie finale	271
SECTION IV. — <i>Questions subsidiaires.</i>	
75. Montant de la répétition.....	275
76. Preuve de l'indignité.....	276
CHAPITRE III. — DES DOMMAGES-INTÉRÊTS A RAISON D'UN ACTE CONTRAIRE AUX BONNES MŒURS.	
77. Idées générales. Art. 826 B. G. B.....	278
78. Historique. Distinction d'avec l'art. 226 B. G. B.....	279
79. Conditions d'application de l'art. 826.....	284
a) Le dommage.....	285
b) L'atteinte aux bonnes mœurs.....	289
c) L'intention	291

TROISIÈME PARTIE

La notion de bonnes mœurs dans quelques doctrines récentes en Allemagne

80. Idées générales	297
---------------------------	-----

CHAPITRE UNIQUE.

SECTION I. — *La notion de bonnes mœurs dans la doctrine de Stammler.*

81. Le droit juste et la morale.....	298
82. Le droit juste et les conventions contraires aux bonnes mœurs	302
83. Critique du système de Stammler.....	310
84. La doctrine de Brütt.....	314

SECTION II. — *La notion de bonnes mœurs dans la doctrine de Cathrein.*

85. Le droit et la morale selon Cathrein.....	317
86. La doctrine de Cathrein et les conventions contraires aux bonnes mœurs.....	321
<i>Conclusion</i>	323
<i>Bibliographie</i>	329

IMPRIMERIE R. BUSSIÈRE
SAINT-AMAND (CHER). FRANCE. — 27-4-1935
